

# UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO  
Departamento de Derecho Penal



## TESIS DOCTORAL

**Justificación y necesidad de la tutela jurídico-penal del medio  
ambiente en el derecho de la Unión Europea y en el derecho español**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**María del Mar Rodríguez Medina**

Director

**Félix María Pedreira González**

**Madrid, 2015**

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL**



***JUSTIFICACIÓN Y NECESIDAD DE LA TUTELA  
JURÍDICO-PENAL DEL MEDIO AMBIENTE EN EL  
DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL  
DERECHO ESPAÑOL***

**TESIS DOCTORAL**

Presentada por: M<sup>a</sup> DEL MAR RODRÍGUEZ MEDINA

Dirigida por: Profesor Dr. FÉLIX M<sup>a</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ

Madrid - 2014



A mi familia,  
punto de apoyo en los  
momentos difíciles y  
eterna fuente de motivación  
hacia el conocimiento,  
el estudio y la cultura



# ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	1
<b>ABSTRACT</b> .....	11
<b>ABREVIATURAS</b> .....	21
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	23

## CAPÍTULO I

### **LA PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA**

1.1.- LA EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.....	29
1.1.1. La toma de conciencia sobre la necesidad de protección medioambiental y su evolución en el seno de las Naciones Unidas. ....	29
1.1.2. La toma de conciencia sobre la necesidad de protección medioambiental en el seno de la Unión Europea. ....	34
1.1.3. La evolución de la política medioambiental europea a través de los tratados. ....	37
1.2.- LOS OBJETIVOS DE LA POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.....	47
1.2.1. La promoción de un desarrollo equilibrado y sostenible.....	49
1.2.2. La conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente .....	51
1.2.3. La protección de la salud de las personas.....	54
1.2.4. La utilización prudente y racional de los recursos naturales .....	57

1.2.5. El fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. ....	59
1.2.6. El logro de un nivel de protección elevado. ....	61
1.3. LOS PRINCIPIOS DE LA POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE.....	62
1.3.1. Los principios generales de subsidiaridad y proporcionalidad.....	62
1.3.2. Los principios específicos de la política ambiental de la UE.....	68
1.3.2.1. Principios de cautela y de acción preventiva.....	68
1.3.2.2. El principio de corrección de los atentados al medio ambiente preferentemente en la fuente misma.....	72
1.3.2.3. El principio “quien contamina paga”.....	77
1.3.3. El principio de integración. ....	80
1.4. EL PROTOCOLO DE KIOTO .....	82
1.4.1. El Protocolo de Kioto en el seno de las Naciones Unidas.....	82
1.4.2. El protocolo de Kioto y la Unión Europea .....	86
1.5. Programas de acción EUROPEOS en materia de medio ambiente.....	92
1.6. REGISTRO EUROPEO DE EMISIONES Y TRANSFERENCIAS CONTAMINANTES (E-PRTR) .....	95
1.7. PROGRAMA EUROPEO LIFE+ .....	96

## **CAPÍTULO II**

### **LA INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL DERECHO PENAL INTERNO Y EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN PENAL MEDIOAMBIENTAL**

2.1. CONSIDERACIONES PREVIAS .....	99
2.2. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO COMUNITARIO.....	108

2.2.1. Las dificultades y obstáculos para la creación de un Derecho penal comunitario.....	130
Excurso: El Derecho penal de la Unión Europea como Derecho transnacional. Diferencias entre Derecho penal transnacional y Derecho penal internacional. Modelo político de la Unión Europea: ¿Estado federal u organización supranacional? .....	132
2.2.2. Especial consideración de la soberanía nacional como obstáculo al Derecho penal unitario.....	141
2.2.3. El déficit democrático en la Unión Europea: otro obstáculo para alcanzar un Derecho penal unitario.....	150
2.2.4. La incidencia del Derecho comunitario en el Derecho penal interno.....	162
2.2.5. ¿Existe un Derecho penal europeo?.....	185
2.3. LA EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA PARA LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS.....	188
2.4. EL CONTROL DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO: EL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN.....	196
2.5. ESTADÍSTICAS .....	201

### **CAPÍTULO III**

#### **LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO ESPAÑOL**

3.1. LA PROBLEMÁTICA DEL PRINCIPIO <i>NON BIS IN IDEM</i> Y MEDIO AMBIENTE .....	206
3.1.1. Orígenes y sentido del principio <i>non bis in idem</i> .....	206
3.1.2. El principio <i>non bis in idem</i> en el Derecho comparado.....	216
3.1.3. Reconocimiento constitucional del principio “non bis in idem” .....	221



3.1.4. Requisitos del principio <i>non bis in idem</i> : Identidad de sujeto, hecho y fundamento. Competencia jurisdiccional para la apreciación de la triple identidad.	229
3.1.4.1. Identidad subjetiva.....	230
3.1.4.2. Identidad fáctica .....	240
3.1.4.3. La identidad de fundamento (o identidad causal).....	246
3.1.4.4. Competencia jurisdiccional para la apreciación de la triple identidad .....	248
3.1.5.- El principio <i>non bis in idem</i> en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Especial consideración de dicha relación en el ámbito medioambiental. ....	252
3.1.5.1. Diferenciación entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador.....	252
3.1.5.2. Principio “non bis in idem” en las relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador .....	257
Excurso: Relaciones de especial sujeción con la Administración.....	261
3.1.5.3. Continuación. Principio “non bis in idem” en las relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador .....	265
3.1.5.4. Problemática del “bis in idem” en el ámbito medioambiental .....	278
3.2. PROBLEMÁTICA DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO .....	285
3.2.1. Concepto y origen.....	285
3.2.2. Justificación y crítica doctrinal y jurisprudencial.....	291
3.2.2.1. Justificación .....	291
Excurso: Tolerancia activa de la Administración.....	293
3.2.2.2. Críticas.....	294
3.2.3. Leyes penales en blanco y delitos medioambientales .....	314
3.3. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TUTELA MEDIOAMBIENTAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.....	325

3.4. LA JUSTIFICACIÓN DE LA TUTELA PENAL DEL MEDIO AMBIENTE .....	338
3.4.1. Bien jurídico: concepto.....	341
3.4.2. Los bienes jurídicos colectivos: ¿deben ser objeto de tutela penal?.....	356
3.4.3. El bien jurídico-penal: ¿Es el medio ambiente un bien jurídico-penal?.	368
3.4.4. El problema de la determinación del bien jurídico medio ambiente. ....	382
3.4.4.1. Concepciones amplia, estricta e intermedia .....	384
3.4.4.2. Referencia a la elección de una concepción amplia, estricta o intermedia en el Derecho comparado: España, Francia, Alemania, Italia y Portugal.....	395
3.4.4.3. Concepciones antropocéntricas y ecocéntricas.....	401
3.4.4.4. Referencia a la elección de una concepción antropocéntrica o ecocéntrica en el Derecho comparado: España, Francia, Alemania, Italia y Portugal.....	417
3.4.5. La configuración de los delitos contra el medio ambiente como delitos de peligro y la problemática de los delitos de peligro abstracto .....	422
3.4.5.1. La sociedad del riesgo .....	422
3.4.5.2. Delitos de peligro. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto.....	432
3.4.5.3. Configuración de los delitos contra el medio ambiente como delitos de peligro abstracto.....	454
<b>CONCLUSIONES</b> .....	469
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	493
<b>REFERENCIAS NORMATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y OTROS DOCUMENTOS</b> .....	543



## RESUMEN

# JUSTIFICACIÓN Y NECESIDAD DE LA TUTELA JURÍDICO-PENAL DEL MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL DERECHO ESPAÑOL

### 1º.- Introducción

El crecimiento económico ocurrido tras las revoluciones industriales trajo consigo un aumento considerable de la contaminación, por lo que la protección y preservación ambiental se ha convertido en una prioridad mundial. Tanto es así que se ha procedido a incluir en los catálogos de delitos los ataques contra el medio ambiente, haciendo entrar para su salvaguarda al que es considerado como *ultima ratio* del Derecho.

Es importante la evolución que a nivel internacional, ha tenido la protección ambiental, comenzando su andadura en 1972 con la celebración, en Estocolmo, de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, y la Declaración de Estocolmo sobre Ambiente Humano de ese mismo año como primer antecedente legislativo. Posteriormente, en los años 80, las Naciones Unidas establecieron una Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo que, en 1987, presentó el “Informe Brundtland”, primer estudio que propugnaba que se dejase de ver el desarrollo y el ambiente como algo contrapuesto e inevitable. Gracias al mismo se convocó la llamada “Cumbre de la Tierra”, celebrada en Río de Janeiro en 1992, que supuso un hito decisivo, al concluir que para alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente y el desarrollo económico debían abordarse conjuntamente, además de que se acuñó por primera vez el concepto “desarrollo sostenible”, entendido como aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias. Desde entonces, se celebran anualmente Cumbres sobre el Medio Ambiente para hacer frente a las amenazas contra el mismo.

También destaca, a nivel internacional, el Protocolo de Kioto (1997) del que es parte la UE, como uno de los principales instrumentos empleados en la lucha contra la degradación medioambiental.

En la UE la evolución ha sido más radical, pasándose de ni siquiera mencionar al medio ambiente en los Tratados constitutivos, a convertirse en objetivo prioritario de sus políticas, siendo en la Cumbre de París de 1971 cuando se asumió decididamente la protección del medio ambiente como misión propia de la Comunidad, aumentando competencias hasta llegar a hoy día, en que el TFUE consagra la aspiración de la UE por conseguir un desarrollo sostenible no sólo en Europa sino a nivel mundial, estableciendo la competencia compartida en esta materia entre la UE y los Estados miembros y regulándola en su Título XX, arts. 191 a 193. Destaca el denominado “informe Stern”, encargado por el Ministro de Finanzas británico Gordon Brown al economista Sir Nicholas Stern, en que se concluía la rentabilidad económica de la lucha contra el cambio climático, ya que consideraba que era necesaria una inversión equivalente al 1% del PIB mundial para mitigar los efectos del cambio climático, pues si no el mundo se exponería a una recesión que podría alcanzar el 20% del PIB global.

Todo ello pone de manifiesto la gran importancia que este tema ha ido adquiriendo en todo el planeta y como cada día se van sumando acciones y políticas para la protección ambiental, dado que ya sabemos que los recursos naturales no son inagotables y que una mala calidad ambiental es productora de enfermedades y generadora de una mala calidad de vida. Este reconocimiento del problema ha dado lugar a que se considere al medio ambiente un bien jurídico digno de protección penal y esta entrada en juego del Derecho penal provoca una serie de cuestiones que es preciso esclarecer.

Puesto que la UE se ha erigido en líder de la defensa y conservación de medio ambiente y, dado el carácter prioritario que se le concede, se hace preciso el estudio de este tema a nivel comunitario, habida cuenta de que esta política ambiental ha sido trasladada también al campo del Derecho penal, produciéndose una injerencia del Derecho comunitario en los Derechos penales de los Estados miembros y pareciendo que quiere perfilarse un Derecho penal unitario; aunque, en mi opinión, no podamos hablar todavía de su plena existencia, es cierto que el Derecho de la UE influye directa e

indirectamente en los Derechos internos de los Estados miembros y, más concretamente, en el Derecho penal, tanto positiva (creación de nuevos preceptos) como negativamente (desincriminización de conductas), debido a los principios de efecto directo y de primacía.

No obstante, la entrada del Derecho penal en el sistema legal unitario se encuentra con una serie de obstáculos, entre los que podemos citar como más importantes, el principio de soberanía y el déficit democrático de las instituciones unitarias, por un lado, y la elección de la forma de integración en los ordenamientos jurídicos nacionales -asimilación, armonización o leyes penales en blanco- por otro.

En el ámbito de la protección penal ambiental el origen se encuentra en la Resolución del Consejo de Europa 28/1977 sobre la Contribución del Derecho penal a la protección del medio ambiente, seguida de otra resolución y una Directiva sobre el mismo tema. En esta materia se ve con mucha más claridad la injerencia del Derecho unitario en los ordenamientos nacionales, ya que se exige una legislación a la que no puede escapar ningún estado miembro, de forma que los legisladores nacionales no son libres para decidir incriminar o no una conducta, aunque sí se les deja libertad para la intensidad de la sanción a imponer.

En cuanto a nuestro Derecho interno, en España, al igual que en el resto de mundo, la tutela ambiental es moderna. El art. 45 CE reconoce el derecho al medio ambiente, aunque penalmente no se recogió esta protección hasta nuestro ACp, que la consagraba en su art. 347. Hoy día, y tras las modificaciones introducidas en virtud de la Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, el Cp regula los delitos ambientales en el Título XVI, arts. 325 y ss.

Los problemas que la regulación penal del medio ambiente plantea son diversos y sobre ellos versa esta tesis: Configuración del medio ambiente como bien jurídico penal y de sus ataques como delitos de peligro, determinación del concepto medio ambiente (amplio, estricto o intermedio, antropocéntrico, ecocéntrico, antroecocéntrico) y problemática en este ámbito del principio *non bis in idem* y de la utilización de la técnica de las leyes penales en blanco.

## **2º.- Objetivos**

Considero, por tanto, que éste es un tema importante sobre el que merece la pena investigar y ahondar. Además, teniendo en cuenta que es un tema relativamente nuevo (la preocupación por el medio ambiente surge a principios de los años 70) no es una cuestión agotada; al contrario, creo que es una materia sobre la que queda todavía mucho por aportar, sobre todo teniendo en cuenta que la tutela penal del medio ambiente no es un asunto pacífico en la Doctrina, generándose una gran controversia en el tema que hace preciso un mayor estudio sobre la materia.

El objetivo de este trabajo ha sido el estudio de la política de protección ambiental, fundamentalmente en el seno de la UE, centrándome en su protección a través del Derecho penal y en las relaciones que, en este tema, el Derecho penal tiene con el Derecho Unitario. Para ello, he realizado un recorrido por la evolución de la protección ambiental a nivel internacional, concretamente en el ámbito de la ONU y de la Unión Europea, centrándome en las características de la política ambiental de ésta última.

Otro de los objetivos, al abordar la cuestión de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho comunitario, ha sido el de intentar responder si existe un Derecho penal unitario, en qué medida existe y su proyección sobre el Derecho ambiental.

Por último, constituye un objetivo fundamental de esta tesis el realizar un estudio sobre la tutela del medio ambiente a través del Derecho penal, dilucidando si se puede considerar o no un bien jurídico-penal, qué tipo de bien jurídico es, cuál es su contenido y la configuración como delitos de peligro, así como las relaciones entre el ilícito penal y el ilícito administrativo y, en concreto, la problemática del principio *non bis in idem* y de las leyes penales en blanco, temas éstos muy trascendentes precisamente en materia medioambiental.

### **3º.- Metodología**

El método utilizado para la realización de esta tesis ha sido el denominado “deductivo”, es decir, aquel que va de lo general a lo particular, por lo que mi metodología ha consistido en partir de datos generales aceptados como valores, centrándome para ello en el análisis de los estudios realizados por la doctrina, para deducir, por medio del razonamiento lógico, las proposiciones oportunas. Todo ello sin dejar de lado la seguridad jurídica que ofrece la dogmática, con el estudio del Derecho positivo y las decisiones jurisprudenciales, y siempre con la ayuda del estudio de la política criminal para poder obtener soluciones satisfactorias.

Así, los medios utilizados en la presente investigación han sido los textos normativos nacionales y supranacionales, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, la bibliografía especializada de libros y revistas de consulta en la biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid, de la Universidad Nacional a Distancia, del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y de la Biblioteca Nacional, y las bases de datos como: Dialnet, Westlaw, Aranzadi, eur-lex, sitio UE, etc.

### **4º.- Resultados**

En cuanto a la cuestión de si existe un Derecho penal unitario, la respuesta ha de ser: no, pero con matices. No podemos hablar de un Derecho penal unitario porque los Tratados constitutivos no incorporan ninguna disposición que atribuya competencias penales a los órganos de la UE ni potestades legislativas en esta materia, si bien es cierto que el Derecho de la UE puede incidir directa o indirectamente en la elaboración de normas penales en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros.

Los dos obstáculos más importantes con los que se encuentra la entrada del Derecho penal en el sistema legal unitario son el principio de soberanía y el déficit democrático de las instituciones unitarias. El principio de soberanía por la tenaz resistencia de los Estados a ceder competencias propias de su soberanía nacional, siendo una de las más importantes precisamente el Derecho penal, aunque opino que este



argumento pierde cada vez más fuerza toda vez que, cuando un Estado decide ingresar en la UE, ya está reconociendo la cesión de parte de su soberanía y el sometimiento a la normativa unitaria. Por ej, las reformas introducidas en nuestro Cp a través de la LO 5/2010 atendiendo a requerimientos del Derecho de la UE, sin que ello obste a reconocer que siguen existiendo reductos propios de los legisladores nacionales. En cuanto al déficit democrático, viene ocasionado porque en los ordenamientos internos el Poder Legislativo se otorga al Parlamento, elegido democráticamente por los ciudadanos, mientras que el Poder Ejecutivo es el encargado de hacer cumplir las leyes. En la UE la competencia para legislar recae mayoritariamente en el Consejo Europeo, formado por un Ministro de cada Estado miembro, es decir, por los componentes del Poder Ejecutivo. Por tanto, se permite que un órgano administrativo condicione a una ley nacional. El Tratado de Lisboa ha mejorado esta cuestión, al ampliar la esfera de competencias en las que el Parlamento Europeo puede co-legislar junto con el Consejo, además de introducir la iniciativa popular. Pero, en mi opinión, esto hace que el obstáculo del déficit democrático disminuya pero no desaparezca, porque siguen existiendo materias en las que el único competente para legislar sigue siendo el Consejo, sin perjuicio de que deba consultar al Parlamento, y porque en aquellas en que el Parlamento sí está capacitado en realidad lo que tiene es un 50% de la competencia, correspondiéndole el otro 50% al Consejo.

He dicho que a la pregunta de si existe un Derecho penal unitario la respuesta debe ser “no, pero con matices”. Y estos matices se refieren -como hemos visto en la introducción- a la influencia que el Derecho de la UE ejerce en los Derechos penales internos, tanto positiva (creación de nuevos preceptos) como negativamente (desincriminización de conductas), debido a los principios de efecto directo (las normas del Derecho unitario son aplicables desde su publicación sin necesidad de disposiciones estatales que las conviertan en derecho interno) y de primacía (el Derecho de la UE prevalece sobre cualquier norma estatal). De los tres mecanismos existentes para llevarla a cabo, asimilación, armonización y leyes penales en blanco, considero la técnica más segura, desde la óptica jurídica, la de la armonización, pues se consigue una uniformidad en toda la UE y se respeta el principio de legalidad nacional. Pero todo ello no hace que se pueda hablar de un Derecho penal unitario: 1º, porque no existe una transferencia expresa del *ius puniendi* de los Estados miembros a la UE, que haya quedado plasmada en un tratado y que, al ser Derecho originario, nos obligue a todos

directamente y 2º, porque no existe un Código penal europeo, un texto que recoja un catálogo de “delitos europeos” aplicable a todo el territorio de la UE.

En cuanto a las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo y la problemática del principio *non bis in idem* y de las leyes penales en blanco, hemos de decir que no puede sostenerse una independencia absoluta entre órdenes administrativo sancionador y penal, porque existe la unidad del poder sancionador del Estado manifestado en las sanciones penales y en las administrativas, si bien, en caso de concurrencia, debe prevalecer el orden penal sobre el administrativo. El problema de la diferenciación entre qué conductas deben caer dentro del campo del Derecho penal y cuáles dentro del Derecho administrativo sancionador, que suele resolverse por diferenciaciones cualitativas o cuantitativas, debería hacerse teniendo en cuenta la naturaleza del ilícito y de la necesidad o no de la intervención penal para la protección de los bienes jurídicos a tutelar, dado el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal.

Se admite el recurso a la técnica legislativa de las leyes penales en blanco siempre que la remisión no sea *in toto*. También se admite el uso de esta remisión a normas de inferior categoría cuando se cumplan los siguientes requisitos: que el reenvío sea expreso, que dicho reenvío esté justificado en razón del bien jurídico protegido, que la norma penal, además de establecer la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y que la norma penal necesite del complemento indispensable de la norma extrapenal única y exclusivamente para una total precisión.

En cuanto a la investigación de las características del medio ambiente como bien jurídico, los resultados obtenidos han sido los siguientes:

Antes de nada hay que tener en cuenta que el medio ambiente es un bien jurídico colectivo, es decir, es un bien que afecta al grupo en general y no a cada persona individualmente considerada. Se plantea aquí el problema de si los bienes colectivos merecen tutela penal, pues supone un adelantamiento en la entrada en juego del ordenamiento penal y algunos autores consideran que rompe con los cimientos garantistas que tanto ha costado conseguir. Ahora bien, puesto que el Derecho penal se concibe como un conjunto de normas encaminadas a solucionar los problemas surgidos por la convivencia del hombre en sociedad y dado que existen problemas de índole

colectiva y que el Derecho penal debe ser un Derecho dinámico y adaptado a las necesidades actuales de la sociedad en cuestión, entiendo que los bienes colectivos sí pueden y deben ser objeto de tutela penal.

La primera duda que surge en torno al bien jurídico medio ambiente, es si podemos considerarlo bien jurídico-penal (los bienes jurídicos son presupuestos que las personas necesitamos para nuestra autorrealización y desarrollo, si son objeto de protección por cualquier otra rama del ordenamiento jurídico se denominan bienes jurídicos y si lo son por el Derecho penal, bienes jurídico-penales). Son bienes jurídicos dignos de tutela penal aquellos considerados vitales y esenciales, que afectan a la mayoría de la sociedad y son fundamentales para su mantenimiento y desarrollo. Es claro que el medio ambiente cumple esos requisitos: es esencial y vital, porque afecta a la propia existencia humana, y por tanto a la generalidad de los individuos, y necesita protección puesto que los recursos no son ilimitados.

El siguiente problema con el que nos encontramos al estudiar este bien jurídico es el de su determinación, pues no se halla definido en ningún texto jurídico. Existen al respecto tres tipos de concepciones: las amplias, que consideran medio ambiente a todo lo que pueda influir en la vida del hombre y/o en su calidad de vida; las estrictas, que lo restringen a los elementos agua y aire, y como mucho el suelo; y las intermedias, que entienden comprendidos los elementos naturales *strictu sensu* (suelo, aire, agua, fauna y flora) y la relación hombre-medio. Esta última es, a mi modo de ver, la más acertada, pues incorpora los elementos esenciales para el mantenimiento de los ecosistemas tan necesarios para nuestra existencia.

Desde otro punto de vista, se intenta la determinación del bien jurídico medio ambiente según se entienda que éste lo es en cuanto afecta al ser humano o por sí mismo considerado, existiendo al respecto dos concepciones: las antropocéntricas y las ecocéntricas, divididas a su vez en una vertiente radical y moderada cada una. Tras el estudio de las cuatro vertientes me he decantado por la ecocéntrica moderada, porque entiendo que el medio ambiente es un bien jurídico con la suficiente importancia, entidad y valor para ser defendido *per se*, pero también creo que al final todos los bienes jurídicos se reconducen directa o indirectamente al interés del individuo.

Una vez concluido que estamos ante un bien jurídico penal colectivo es necesario precisar cómo se va a configurar su tutela. En el Derecho penal clásico, caracterizado por la defensa de los bienes individuales, el paradigma delictivo era el delito de lesión. Hoy día, con la entrada en nuestros ordenamientos penales de los bienes colectivos se ha extendido un nuevo tipo delictivo: los delitos de peligro, que son aquellos en los que no se exige para su consumación una destrucción o menoscabo para el bien protegido sino que basta con que éste haya sido puesto en peligro. Dentro de los delitos de peligro podemos distinguir entre delitos de peligro concreto, que se consuman únicamente cuando se constata que efectivamente el bien jurídico ha sido puesto en peligro en el caso concreto, y los delitos de peligro abstracto, cuando no es necesaria esa verificación concreta. Este último tipo de delitos ha sido muy criticado por un sector de la doctrina, que considera que suponen un quebranto al principio de culpabilidad. Yo, sin embargo, discrepo de esta opinión y considero compatible esta tipificación con los límites del *ius puniendi* cuando el adelantamiento de la intervención penal sea necesario para la efectiva protección de los bienes jurídicos. Además, al menos en el caso del medio ambiente, que es el que ahora nos ocupa, considero conveniente este modelo de tipificación: primero, por su interés preeminente en la escala de valores de los bienes jurídicos, que hace recomendable una intervención adelantada del Derecho penal para su protección (pensemos que es incluso un bien jurídico que traspasa a las generaciones actuales); segundo, porque es un bien tan difuso que puede resultar complicado probar la efectiva lesión, pues normalmente con la primera conducta lesiva no se logra ver el daño, sino que es necesaria una repetición de dichas conductas lesivas para que se haga visible; y, por último, porque puede resultar muy difícil comprobar la relación de causalidad entre la conducta lesiva y el resultado dañino.

## **5º.- Conclusiones**

1ª.- Aunque la preocupación por el medio ambiente es algo relativamente reciente, ha entrado “pisando fuerte” -toda vez que nos hemos dado cuenta de que los recursos no son inagotables- y cada vez ocupa un papel más preponderante en las políticas de la UE, que se ha erigido en adalid de esta causa.

2ª.- Aunque no puede hablarse de un Derecho penal europeo en sentido estricto, sí lo podemos hacer -y cada vez más- de manera relativa.

3ª.- El medio ambiente es un bien jurídico merecedor y necesitado de tutela penal, siendo sus características: bien jurídico penal, colectivo, de carácter ecocéntrico-moderado y tipificación de sus agresiones como delitos de peligro abstracto.

## **ABSTRACT**

# **JUSTIFICATION AND NEED OF ENVIRONMENTAL LEGAL AND PENAL TUTELAGE IN THE EUROPEAN UNION LAW AND IN THE SPANISH LAW**

### **1º.- Introduction**

The economic growth after the industrial revolutions brought with it a significant increase of pollution, so environmental protection and conservation has become a global priority. So much so, that damages to the environment have been included in criminal offence catalogues, incorporating them for its safeguard to what it is considered as *ultima ratio* of Law.

It is important to consider the evolution that environmental protection has internationally had, beginning in 1972 with the conduct, in Stockholm, of the United Nations Conference on the Human Environment, and the Stockholm Declaration on the Human environment, of the same year, as the first legislative precedent. Later in the '80s, the United Nations established a World Commission on Environment and Development that presented in 1987 the Brundtland Report, the first study that encouraged to stop seeing development and environment as something unavoidable, and thanks to which the Earth Summit was convened. It was celebrated in Rio de Janeiro in 1992 and was a major turning point by concluding that environmental protection and economic growth should be dealt at the same time to reach sustainable development. Additionally, the concept of "sustainable development" was coined, understanding it as the development that meets the needs of the present generation without compromising the ability of future generations to meet their needs. From then on, summits on Environment take place each year to address threats to it. It is internationally remarkable too the Kyoto Protocol (1997) –of which the EU is part– as one of the main instruments used to fight environmental degradation.

Evolution in the EU has been more radical, transitioning from not even mentioning the Environment in the Treaties, to making it a priority objective in their policies. It was, establishing in 1971 in the Paris Summit, when the environmental protection was finally assumed as a specific mission within the Community, and increasing skills until today, where the TFEU confirms the aims of the EU of reaching a sustainable development not only in Europe but globally, establishing the shared competence between the EU and the Member States and regulating it in its Title XX, articles 191 to 193. The Stern Review stands out, commissioned by the British Chancellor of the Exchequer Gordon Brown to the economist Sir Nicholas Stern and in which the economic profitability of the fight against climate change was settled. An investment equivalent to 1% of the GDP was considered necessary to mitigate its effects, because if not, the world would face a recession that could reach 20% of global GDP.

All of the above reveal the extreme importance that this topic has been gaining globally, and how each day new actions and policies for environmental protection are integrated because natural resources are not inexhaustible and that a poor environmental quality causes illnesses and low living standards. The acknowledging of this problem has led to the environment to be considered as a legal asset worthy of criminal-law protection. The entry of the Criminal Law causes some issues that have to be clarified.

Given that the EU has positioned itself leader in environmental defence and preservation, and its priority nature; it becomes necessary to study this issue among the EU considering that this environmental policy has been also transposed to the field of criminal law, producing an interference by Community law in criminal laws on Member States, which seems to indicate that there is a unitary Community law taking shape. Although, in my opinion, we cannot still consider a full existence of the latter, it is true that the EU Law influences Member States either directly or indirectly, and more specifically in Criminal Law, either positively (creation of new precepts) or negatively (decriminalization of conducts), due to the principles of direct effect and primacy.

However, the entry of Criminal Law in the unitary legal system faces some obstacles. Some of the most important being: on the one hand the principle of sovereignty and the democratic deficit of the EU institutions and the election of the

form of integration in national legal systems –assimilation, harmonisation and blank penal laws– on the other hand.

In the field of environmental criminal-law protection, the origin can be found in the Council of Europe Resolution (77) 28 on the Contribution on Criminal Law to the Protection on the Environment, followed by a Directive on the same issue. It's easier to see the interference of the Community Law in national legal systems on this matter since the Community Law requires a legislation from which no Member State can escape, in such a way that policy makers are not free to decide whether to incriminate conducts or not, but they are free to decide the severity of the penalties to be imposed.

Regarding our national Law, in Spain, as in the rest of the world, environmental tutelage is modern. Art. 45 of the Spanish Constitution recognises the right to the environment but it was not reflected in criminal law until our former Criminal Code enshrined it in Art. 347. Nowadays, after the amendments based on the Directive 2008/99/EC of 19 November, on environmental protection through criminal law, the Criminal Code regulates environmental offence in Title XVI, Art. 325 ff.

Finally, the main objective of this thesis has been to study the environmental law within the remit of Criminal Law analysing whether or not it can be considered a criminal good, what type of criminal good is, and its content and configuration. It also studies the relations between the administrative and criminal offence and in particular the principle of non bis in idem and the blank criminal laws; all these topical issues in the current debate on environment protection.

## 2º.- Goals

I therefore think that this is an important issue, and it is worthy to further investigate. Furthermore, taking into consideration that it is a relatively new topic (environmental concerns have come up in the early '70s), it is not an exhausted issue. Quite the opposite, it's still a matter that has a lot to tell, especially considering that penal



tutelage of the environment is not a peaceful issue within the Doctrine, generating controversies that need a deep study of the matter.

The aim of this paper was to review the environmental protection policies, mainly among the EU, focusing on its job through criminal law and on the relations that criminal law has with Community law on this issue. To do this, I went through the evolution of environmental protection internationally, especially relating to the UN and the EU, focusing on the characteristics of environmental policies of the latter.

By addressing the issue of the relations between criminal Law and Community Law, the paper also aims to answer whether there is a criminal Community Law, to what extent it does exist, and its projection on environmental Law.

Finally, one of the main goals was to review environmental tutelage through criminal Law, clarifying whether the environment can be considered a legal property, of what kind it is, which is its content and consideration as crimes of danger, the relations between criminal offence and administrative act, and more specifically, the problem area of the *non bis in idem* principle and blank penal laws. These issues are very significant in the environmental matter.

### 3º.- Methodology

To elaborate this thesis I have been using the “deductive” method. Deductive reasoning works from the more general to the more specific. That is to say, my methodology consisted of starting from general issues, recognised as universal values, focusing on the analysis of studies by the doctrine to deduce, using logical reasoning, the appropriate proposals. All of the above, always bearing in mind the legal security that Law offers, with the study of statutory law and case-law decisions, and with the help of criminal policy in order to obtain satisfactory solutions.

The methods used to elaborate the present investigation were national and supranational regulatory texts, case laws of the Spanish Constitutional Court and Supreme Court, a selected bibliography on the topic consulted at the libraries of several

Universities –Universidad Complutense de Madrid, UNAD, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid and the National Library– and databases including Dialnet, Westlaw; Aranzadi, eurlex, EU site...

#### 4º.- Results

As for whether a criminal Community Law exists, the answer is “no, but there are some nuances”. We cannot talk about a criminal EU Law because the Treaties do not include any disposition that confers the EU bodies legal competencies or legislative power on this matter. However it is true that the EU Law might have a direct or indirect influence on the penal policy making of Member States’ domestic legal systems.

The two major obstacles that the entry of Criminal Law in the Community legal system faces are the principle of sovereignty and the democratic deficit of Community Institutions. The principle of sovereignty due to the persevering resistance of Member States to submit any competency of their national sovereignty, one of the most important being precisely criminal Law. However, I believe that this argument is gradually cooling and each time a Country decides to join the EU, it is already accepting the transfer of part of their sovereignty and their submission to Community regulations. E.g. reforms established through the Spanish law LO 5/2010 in response to requirements from the EU, which does not change the fact that there are still domestic policies. As regards democratic deficit, it comes from granting the Parliament – democratically elected by citizens– the Legislative power, while the Executive is in charge of law enforcement. In the UE, the competence to legislate rests within the European Council, made up of one Minister of each Member State –responsibles for the Executive. Thus, administrative bodies are allowed to condition the law. The Lisbon Treaty has improved this matter by widening the competencies in which the Parliament can co-legislate together with the Council and introduce the popular initiative. In my opinion, this makes democratic deficit decrease but not disappear because there are still matters in which the Council –an administrative body– is the only competent to legislate without needing to consult the European Parliament, and because in those issues in which the Parliament is indeed involved, it has actually a 50% of the competition, the other 50% being for the Council.

I mentioned the fact that the answer to whether there is a criminal Community Law is “no, but there are some nuances”. These nuances are –as I mentioned in the introduction– due to the influence of EU Law on domestic criminal laws either positively (creation of new precepts) or negatively (decriminalization of conducts) due to the principles of the direct effect – Community Law rules are applicable to– and primacy –EU Law prevails over any domestic rule–. With regard to the mechanisms to properly perform it (assimilation, harmonisation and blank penal laws), I consider the harmonisation technique to be the safest from a legal perspective since it manages to reach uniformity within the EU and it respects the national rule of law. However, all of this does not imply that we can speak of a criminal Community Law, one reason being that there is not an express transfer of the *ius puniendi* from the Member States to the EU included in a treaty, that as it would be primary law, would force us all directly; and the other reason being that there is not an European code of criminal procedure, that is, a text that would include a “list of European crimes” applicable within the entire EU territory.

Regarding relations between criminal and administrative law and the problem area of the *non bis idem* principle and blank penal laws, we must say that, for the exception of the *non bis idem* principle, the identity of the subject, fact and baseless is essential. A complete independence between sanctionary administrative and penal fields is unsustainable due to the unity of the power of the State to impose penalties expressed in criminal and administrative sanctions. However, in the case of overlapping of the criminal and administrative fields, criminal should be the overriding. The classification of whether a behavior should fall within the area of criminal Law or sanctionary administrative Law –usually set taking into account quantitative and qualitative differentiations– should consider the nature of the crime and the need or not for legal intervention to protect the legal properties, given that criminal Law is the *ultima ratio*.

It is permitted to appeal the blank penal laws legislative technique if the submission is not *in toto*. It is also permitted to use this submission to lower rules when the following requirements are met: the submission must be express, it must be justified on the grounds of the protected legal property, it must –in addition to establishing the

penalty– contain the main point of the prohibition, and there must be a need of the criminal rule for extrapenal law exclusively in matters of complete accuracy.

Regarding the investigation of environmental features as a legal property, the results were the following:

We have to take into account that the environment is a collective legal property, that is to say, it affects people as a whole and not as individuals. Here comes the problem of whether collective legal properties are worth legal tutelage because it anticipates to its entry to criminal law and breaks the hard-won guarantee-providing foundations. However, given that criminal Law is considered as a set of rules intended to solve problems surged from human sociability in society, and given that there are collective problems and criminal Law must be a dynamic right and adapted to present needs, I believe that collective properties can and must be object of criminal-law protection.

Anything that mankind needs for their realization and development is considered a legal interest. If in addition it is object of protection by Law it becomes a legally protected interest, but the question is, does Environment deserve criminal-law protection? Those interests, goods and rights considered vital, that affect the majority of society and that are essential for its maintenance and development are considered legal property. Environment meets this conditions: it is vital and essential because affects human existence itself, and therefore society, and needs protection since resources are not unlimited.

The next problem we face while studying environment is its definition, since it has not been defined in any legal text. There are three conceptions of it: some broad visions consider environment can have an impact in human life and/or in human quality of life; strict visions limit it to water and air –and land at best; and some middle course visions, which include natural elements (air, water, land, flora and fauna) and the relation between mankind and its surroundings. Being the latter the one I consider the most accurate one because it includes the essential elements needed to maintain ecosystems, which are indispensable for our existence.

From another perspective, it is sought to establish environment as a legal right protected by Law because it affects mankind or considering environment itself only. Regarding this, there are two conceptions: anthropocentric and ecocentric (each one divided into a radical vision and a moderate vision). After studying all four visions I have opted for the moderate ecocentric vision because I understand environment as a legal interest with enough importance, entity and value to be protected per se, but I also believe that in the end, any legal interest is directly or indirectly redirected to individual interests.

After having established that environment is a legally protected interest, we need to establish how its tutelage will be set. In classic criminal Law –characterized by defending individual interests– it was a crime of harm. Nowadays with the entry of collective interests in our criminal law systems, a new crime has spread: crime of danger, in which no destruction or prejudice of the legal interest is needed, but only putting it in danger. Within offences of endangerment, we can distinguish between concrete crime of danger –prosecution must establish that the conduct created indeed a danger to the legal interest– and abstract crime of danger –no strict verification is needed. This kind of crimes has been often criticised by those who consider it to breach the principle of guilt. However, I do not agree with this and I think this classification is compatible with *ius punendi* limits when it is necessary to bring forward legal intervention for legal interests to be effectively protected. Furthermore, at least in the case of environment, that is what we are discussing in this paper, I consider this classification model convenient for two reasons. First because of its overriding interest in the scale of values of legal properties, which makes it appropriate to bring forward intervention of criminal Law –lets think of it as a legal interest that crosses present generations. Secondly, because it is such an abstract interest that might be difficult to actually prove harm because it is not usually obvious within the first conduct, but several repetitions of the conduct are indeed needed to really see the effect. And finally, it may be difficult too to test the relation between the cause of the harmful conduct and the actual harm.

## 5°.- Findings

1st.- Although environmental concern is relatively recent, it is standing strong – once we have realized resources are not unlimited–, it is becoming more important in EU policies and the EU is taking a leading part in this issue.

2nd- Although there is not an express criminal Community Law, there is indeed a practical one –and more each day.

3rd- Environment is a legal interest needed for and worth criminal-law protection. Its features are being a legal interest, being collective interest, moderate-ecocentric and crimes against it are classified as abstract crimes of danger.



## **ABREVIATURAS**

- ACp: Anterior Código penal.
- ATJCE: Auto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
- Art. / Arts.: Artículo / Artículos
- CE: Constitución española.
- Cp: Código penal.
- FJ: Fundamento Jurídico.
- FD: Fundamento de Derecho.
- L.O.: Ley Orgánica.
- p. / pp.: Página / Páginas.
- PEU: Página web Eur-lex de la Unión Europea
- PK: Protocolo de Kioto.
- RA: Repertorio Aranzadi
- RDL: Real Decreto-Ley.
- REDA: Revista Española de Derecho Administrativo.
- ss: Siguietes.
- SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial



- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
- STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
- TC: Tribunal Constitucional.
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TCE: Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.
- TCECA: Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero.
- TCEE: Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea.
- TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- TL: Tratado de Lisboa.
- TUE: Tratado constitutivo de la Unión Europea.
- UE: Unión Europea.
- VI PMA: Sexto Programa de acción en materia de medio ambiente de la Unión Europea.
- VII PMA: Séptimo Programa de acción en materia de medio ambiente de la Unión Europea.

# INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Desde que el mundo es mundo, el hombre siempre ha contaminado; es más, podemos afirmar que son precisamente las actividades humanas las que han originado el grave deterioro que ha sufrido el medio ambiente. Es sabido que el crecimiento económico producido a raíz de las revoluciones industriales ha generado un constante aumento de la contaminación en todos los ámbitos. Efectivamente, dicho crecimiento económico ha supuesto un crecimiento industrial y comercial, así como un enorme consumismo, y esto conlleva unas necesidades creadas que muchas veces se satisfacen a costa de una agresión al medio ambiente.

Se hace, en este campo, cierta la máxima *homo homini lupus*. En su afán por progresar económicamente, al hombre no le importa maltratar a la naturaleza, no porque busque intencionadamente hacerlo, sino porque no es -ni quiere ser- consciente del daño infligido, porque le es más cómodo y más barato a corto plazo, porque no ve -o no quiere ver- que los recursos se agotan y que la naturaleza no se recupera, sin darse cuenta de que todo es un círculo y nuestra calidad de vida -es más, nuestra vida misma en última instancia- depende de la calidad de nuestro ambiente, de la supervivencia de la naturaleza. Así, podemos citar algunos ejemplos de ataques al medio ambiente, tanto en general: la producción industrial provoca emisiones contaminantes, el aumento de vehículos supone un aumento de CO<sub>2</sub>, los residuos se multiplican, se talan árboles indiscriminadamente, se utiliza el mar como vertedero, se abusa de los pesticidas, insecticidas..., como en particular: cada vez que un avión efectúa una travesía por el

---

<sup>1</sup> Desde el 1 de diciembre de 2009, fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el título “Tratado constitutivo de la Comunidad Europea” se sustituye por “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (artículo 2, apartado 1, del Tratado de Lisboa). Los artículos, secciones, capítulos, títulos y partes del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se numeran de nuevo (artículo 5 y anexo del Tratado de Lisboa) por lo que, cuando se trate de hacer correspondencias con lo actualmente vigente, no las haré en referencia al Tratado constitutivo de la Unión Europea (TCE) sino al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Igualmente, cuando haga referencia a Resoluciones, Comunicaciones..., procuraré no hablar de la Comunidad o de comunitarios, aun cuando en la época en la que se dictaron utilizaran estos términos, sino que procuraré referirme siempre a la Unión Europea (UE) siguiendo lo prescrito por el art. 2.2) del Tratado de Lisboa, aunque en ocasiones, por no resultar repetitiva, use los antedichos términos.

atlántico consume 35 toneladas de oxígeno, los lagos Superior y Erie de Estados Unidos reciben anualmente 20 millones de toneladas de residuos químicos, se deforesta, desertiza y contamina con mercurio y diesel la selva amazónica en Madre de Dios, Perú, debido a la “fiebre del oro”, poniendo en peligro a jaguares, loros, pirañas y tucanes, y produciendo daños neurológicos y deformidades fetales en los seres humanos; en España, el lago de Sanabria, la mayor concentración de agua de origen glaciar de la Península Ibérica, recibe vertidos de aguas fecales y residuales que están contaminando, provocando graves alteraciones y poniendo en serio peligro la conservación de este ecosistema único en nuestra península; en las zonas costeras, los grandes centros industriales, agrícolas y ganaderos del litoral vierten cada año 120.000 toneladas de aceites minerales, 12.000 toneladas de sustancias orgánicas tóxicas, 60.000 de detergentes, 100 toneladas de mercurio y 3.600 de plomo, 2.400 de cinc, 320.000 de fósforo y 800.000 de nitrógeno, además de miles de toneladas de contaminantes químicos, especialmente plaguicidas, que son arrastrados, desde puntos muy alejados, por los vientos y que caen al mar con las lluvias, todo ello sin olvidar los dos millones de toneladas de crudo que se vierten al Mediterráneo cada año,... Estos son unos cuantos de los miles de ejemplos de ataques ambientales habituales, a los que hemos de agregar los desastres que, por imprudencia, negligencia o falta de mantenimiento han supuesto una auténtica catástrofe medioambiental, entre los que podemos citar, sin ir más lejos, algunos ejemplos ocurridos en nuestra nación: el accidente de los buques “Prestige” y “Mar Egeo” y sus vertidos de petróleo al mar, causando sendas mareas negras, el vertido de gasóleo en el pantalán de la refinería Gibraltar-San Roque y que afectó a las playas de La Colonia (Cádiz), la rotura del oleoducto Rota (Cádiz-Zaragoza) a la altura de Écija (Sevilla) y el consiguiente vertido de gasóleo al río Genil, la marea de carbón siderúrgico en el litoral asturiano, causada al embarrancar el buque “Castillo de Salas” frente a las playas de Gijón con 100.000 toneladas de carbón en sus bodegas o la rotura de la presa de contención de la balsa de decantación de las minas de Aznalcóllar (Sevilla) y el vertido de agua ácida y lodos tóxicos que causaron un gran desastre ecológico en el Parque Nacional del Coto de Doñana. Y aún hay más: existe un tipo de contaminación silenciosa y continua que nos pasa inadvertida, pero que nos convierte -a los seres humanos- en un depósito de residuos tóxicos: la alimentación. Cada vez se utilizan más productos químicos en la elaboración y conservación de alimentos, pesticidas para las frutas y verduras, plásticos para su cultivo en cualquier

época del año, hormonas para el engorde del ganado, antibióticos para las gallinas ponedoras,...

De esta manera, se da la paradoja de que crecemos industrial y tecnológicamente para alcanzar una mejor calidad de vida y, debido a esa producción de “bienestar”, agredimos al medio ambiente y esos ataques al medio ambiente repercuten negativamente en nuestra calidad de vida: contaminación de las aguas potables, alimentos no saludables, contaminación lumínica y acústica o disminución de espacios verdes, entre otros, con el consiguiente aumento de enfermedades nerviosas, pulmonares y alérgicas, o incluso malformaciones. Y las alarmas se disparan aún más al haber descubierto que los recursos naturales no son infinitos ni inagotables ni impermeables a las agresiones: en muchos casos la regeneración es muy difícil y lenta o ya imposible. Es por ello que la protección y preservación del medio ambiente es un tema de la mayor importancia que suscita preocupación y se ha convertido en prioridad a nivel mundial, siendo, como veremos, su mayor adalid la UE.

No cabe duda, por tanto, de que el medio ambiente debe ser protegido jurídicamente, pero una vez que se tiene esto claro son muchos los dilemas que se originan. Una de las principales cuestiones que se suscitan en este tema es si la protección del medio ambiente debe acometerse también a través del Derecho penal o es suficiente con recurrir al Derecho administrativo. Para ello, la primera pregunta a realizar es si el medio ambiente puede o no ser considerado como un bien jurídico-penal, si debe estar tan en lo alto de la escala de valores que justifique la entrada en acción del que es considerado como *ultima ratio* en Derecho. Una vez que quede explicado que la salvaguarda del medio ambiente debe corresponder también al Derecho penal, se suscitan una serie de interrogantes y problemáticas que también deben quedar resueltos en todo Estado de Derecho, concernientes a la legalidad y legitimidad de algunos de los instrumentos utilizados. Así, se cuestiona si es adecuada o no la utilización de la figura de los delitos de peligro abstracto, cómo debe ser utilizado el principio *non bis in idem*, si el medio ambiente debe ser abordado desde una perspectiva antropocéntrica o ecocéntrica, o si el recurso a las leyes penales en blanco es conforme a Derecho y con qué límites.

Y todo lo anterior sin perder de vista que ya no estamos “solos”, que ahora formamos parte de la Unión Europea, que ha entendido que la preocupación por el medio ambiente es primordial para poder mantener una adecuada calidad de vida y de salud, y que los recursos naturales son finitos. La Unión Europea, consciente de todo ello, ha establecido que la protección del medio ambiente debe realizarse también mediante el Derecho penal y esto a su vez suscita otra serie de interrogantes: ¿Qué es la Unión Europea?, ¿podemos considerar que estamos en un Estado Federal o es simplemente una unión de Estados?, ¿se ha creado un nuevo tipo de Derecho, a caballo entre el Derecho internacional y el Derecho interno, que es el Derecho transnacional?, ¿qué características tiene éste?, ¿cuáles son las relaciones entre los Derechos internos y el de la Unión Europea? Si el Derecho penal es el más claro exponente de la soberanía nacional y la Unión Europea nos está obligando a modificarlo, ¿podemos hablar de un Derecho penal de la Unión Europea?, ¿hemos cedido la soberanía nacional? También se suscita controversia ante la legislación europea, pues adolece de déficit democrático: ¿Cómo van a influir sobre nuestro Derecho penal interno unas normas que no emanan del Poder Legislativo sino del Ejecutivo?

Por ello, creo que no es posible circunscribirse -y menos en el tema de la defensa ambiental, una de las principales políticas y objetivos de la Unión Europea- a nuestro Derecho nacional y, más concretamente, a nuestro Derecho penal. Entiendo que, puesto que formamos parte de un ente supranacional que influye notablemente en nuestro Ordenamiento interno, se hace preciso estudiar toda la problemática que esa influencia genera y, una vez entendida ésta, centrarse en el Derecho español. Para ello empezaré de lo más amplio y general, la Unión Europea, a lo más cercano y particular, nuestro Ordenamiento jurídico penal.

El objetivo de este trabajo es estudiar la política de protección medioambiental en el seno de la Unión Europea y, en concreto, la protección al medio ambiente a través del Derecho penal, su justificación y su reflejo en el Derecho español. Para ello, en el primer capítulo, se realizará un recorrido por la evolución de la protección ambiental a nivel internacional, concretamente en el ámbito de la ONU y después en el de la Unión Europea, para concentrarse en los siguientes epígrafes en las características de la política ambiental de ésta última. En el segundo capítulo se abordará la cuestión de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho comunitario, intentando responder si

existe un Derecho penal comunitario, en qué medida existe y su proyección sobre el Derecho ambiental. Por último, el tercer capítulo se centrará en la tutela del medio ambiente a través del Derecho penal, analizando y valorando si se puede considerar o no como un bien jurídico-penal, qué tipo de bien jurídico-penal es, su tutela anticipada a través de delitos de peligro, las dificultades que se generan en torno al principio *non bis in idem*, al confluir en muchas ocasiones los órdenes penal y administrativo en las cuestiones medioambientales, y la problemática de las leyes penales en blanco, en particular desde el punto de vista del principio de legalidad penal.



# CAPÍTULO I

## LA PROTECCIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

### 1.1.- LA EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

#### 1.1.1. La toma de conciencia sobre la necesidad de protección medioambiental y su evolución en el seno de las Naciones Unidas.

Se abordaron por primera vez de manera oficial lo que hoy denominamos las cuestiones del Medio Ambiente en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en 1972<sup>2</sup>, donde se pretendía establecer una estrategia para evitar los daños provocados por el hombre al medio ambiente y supuso “el aumento de la conciencia política sobre la naturaleza global de muchas amenazas al medio ambiente”<sup>3</sup>. Así, el primer antecedente legislativo sobre dichas cuestiones se encuentra en la Declaración de Estocolmo sobre el Ambiente Humano, de 1972, cuyo principio nº 24 declara que *“Todos los países, grandes o pequeños, deben ocuparse con espíritu de cooperación y en pie de igualdad de las cuestiones internacionales relativas a la protección y mejoramiento del medio. Es indispensable cooperar, mediante acuerdos multilaterales o bilaterales o por otros medios apropiados, para controlar, evitar, reducir y eliminar eficazmente los efectos perjudiciales que las actividades que*

---

<sup>2</sup> Vid. MORA ALISEDA, JULIÁN & VELÁSQUEZ PÉREZ, RAFAEL, 'Los problemas ambientales y su dimensión internacional', en ANTONIO VERCHER NOGUERA (ed) *Derecho europeo medioambiental: La protección del Medio Ambiente en la Unión Europea. Aspectos críticos* (Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007) p. 199.

<sup>3</sup> DE LAS HERAS Y OJEDA, MARIOLA, 'Responsabilidad ambiental: el derecho español y comunitario', *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, 17 (2008).



*se realicen en cualquier esfera puedan tener para el medio, teniendo en cuenta debidamente la soberanía y los intereses de todos los Estados*". La Declaración de Estocolmo supuso el motor de arranque de la protección jurídica del medio ambiente a nivel mundial, estableció una serie de principios que años más tarde serían incorporados a planes y programas mundiales y, a recomendación suya, fue creado el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), principal autoridad mundial en el área ambiental encargada de coordinar las actividades relacionadas con el medio ambiente y promover los esfuerzos conjuntos para su cuidado.

En los años 80, las Naciones Unidas establecieron una Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo que, en 1987, presentó el Informe Brundtland<sup>4</sup>. Fue el primer estudio que propugnaba que se dejase de ver el desarrollo y el ambiente como algo contrapuesto e inevitable. La presentación de este documento provocó que la Asamblea General de las Naciones Unidas convocase la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD), más conocida como "Cumbre de la Tierra", celebrada en Río de Janeiro en 1992, que supuso un hito decisivo en las negociaciones internacionales, llegándose a la conclusión de que para alcanzar el "desarrollo sostenible", la protección del medio ambiente y el crecimiento económico debían abordarse conjuntamente como una sola cuestión. Ahí radica, entre otras, la importancia del Informe Brundtland, no sólo en ser causa de la celebración de la Cumbre para la Tierra, que a su vez, como veremos más adelante, sirvió de eje a importantes convenciones, sino que además acuñó por primera vez el concepto de "desarrollo sostenible" (o desarrollo sustentable), definiéndolo como *aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias*.

En la Cumbre de Río se aprobaron tres grandes acuerdos: uno, el "Programa 21", un plan detallado de acciones a nivel mundial para promover el desarrollo sostenible; dos, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en el que se establecían una serie de principios no vinculantes jurídicamente que definían los derechos y obligaciones de los Estados y se reconocía la necesidad de formulación de instrumentos legales tanto a nivel nacional como internacional que regulen de manera adecuada la

---

<sup>4</sup> Su título original fue "Nuestro Futuro Común" (*Our Common Future*, en inglés).

protección del medio ambiente; y tres, una Declaración de principios para el manejo sustentable de los bosques del mundo.

La Cumbre de Río supuso también la firma de varias Convenciones: la Convención Marco sobre el Cambio Climático (CMNUCC), adoptado en Nueva York en 1992 y que entró en vigor en 1994, para reforzar la conciencia pública, a escala mundial, de los problemas relacionados con el cambio climático; el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), adoptado en la Cumbre de la Tierra en 1992, que entró en vigor a finales de 1993 y fue el primer acuerdo mundial enfocado en la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad; y la Convención de Lucha contra la Desertificación (CNULCD, que entró en vigor en 1994 y tiene como objetivo principal promover una acción efectiva para luchar contra la desertificación y mitigar los efectos de la sequía en los países afectados por sequía grave o desertificación, en particular en África, a través de la mejora de la productividad del suelo, su rehabilitación, la conservación y ordenación de los recursos de las tierras y los recursos hídricos<sup>5</sup>.

En 1997, la Convención Marco sobre Cambio Climático condujo a la firma del Protocolo de Kioto sobre cambio climático y, con fuerza vinculante, estableció como objetivo la reducción en las emisiones de seis gases implicados en el calentamiento global, en aproximadamente un 5% respecto a las emisiones de 1990.

Los esfuerzos de la ONU para la protección del medio ambiente continuaron y, en 2002, tuvo lugar la Cumbre de Johannesburgo (también llamada Río+10, porque se celebró una década después de la Cumbre para la Tierra) sobre el Desarrollo Sostenible y, aunque su tema principal fue cómo se debe transformar al mundo para asegurar el desarrollo sostenible, no todos quedaron satisfechos de los resultados de la Cumbre de Johannesburgo, llegando a tildarse por muchos de gran fracaso, ya que los acuerdos alcanzados se resumieron en una Declaración Política y un Plan de Acción, con muy buenas intenciones pero sin compromisos concretos. El hecho más positivo fue la ratificación del Protocolo de Kioto por varios países.

---

<sup>5</sup> NACIONES UNIDAS. CENTRO DE INFORMACIÓN, 'Desertificación', (2010) UNITED NATIONS, 'Climate Change Conference. Partners for COP 19'. Pág. web ONU: [http://www.cinu.org.mx/temas/des\\_sost/desert.htm](http://www.cinu.org.mx/temas/des_sost/desert.htm) . Visitada el 01/03/2014.

En 2005 tuvo lugar la Cumbre de Montreal con la XIª Conferencia de las partes de la Convención Marco de Naciones Unidas y primera conferencia de los miembros del Protocolo de Kioto, calificada de éxito tanto por los representantes de los países como por las organizaciones ecologistas por varios motivos. Primero, porque se abría el proceso hacia futuros compromisos para afrontar el cambio climático a partir de 2012, con el compromiso oficial de ir más allá de los objetivos de Kioto a partir de dicha fecha (que es cuando concluye el plazo del Protocolo de Kioto); segundo, porque EE.UU no consiguió arrastrar a nuevos países a sus posiciones, quedando momentáneamente aislado; y tercero, porque se mantiene el espíritu de la “responsabilidad diferencial” en el origen del cambio climático, es decir, en la necesidad de que los mayores esfuerzos recaigan sobre los países ricos, al tiempo que no se ignora que el crecimiento de las emisiones de los grandes países pobres (India, China, Indonesia, Brasil....) está siendo muy importante y que, por tanto, también ellos deben hacer algún esfuerzo para limitar el aumento de sus emisiones.

En 2006 se celebró la Cumbre de Nairobi (XIIª Conferencia sobre el cambio climático y IIª de los países firmantes del Protocolo de Kioto) que finalizó con la aprobación de una nueva revisión del Protocolo de Kioto en 2008 para reducir la emisión de gases contaminantes.

En 2007, la Cumbre de Bali (COP 13) que concluyó con un acuerdo para alcanzar un nuevo pacto mundial sobre cambio climático, y donde, después de intensas negociaciones, Estados Unidos decidió abandonar su resistencia y firmó el documento final que establece la "Hoja de Ruta" para los próximos dos años, cuyo objetivo era bajar los gases de efecto invernadero y sustituir el Protocolo de Kioto a partir del 2012, abrió el camino (vía Poznan 2008, COP14) hacia Copenhague 2009 (COP15), donde se tenía que negociar la continuación del Protocolo de Kioto, que vencía en 2012. Tras el fracaso de Copenhague, la última oportunidad era la COP 16 de Cancún, celebrada el año 2010, del 29 de noviembre al 10 de diciembre.

La cumbre sobre el cambio climático celebrada en Cancún en 2010 supuso la consecución de una serie de consensos relevantes para seguir haciendo frente a esa amenaza medioambiental. Los más de 190 países participantes, con la única excepción

de Bolivia, han pactado continuar protegiendo el clima y se han formalizado las propuestas voluntarias de mitigación de emisiones adelantadas en Copenhague, tanto de países desarrollados como en vías de hacerlo. Sin embargo, a pesar de llevar ya cuatro años negociando, no se logró renovar el Protocolo de Kioto, cuyo primer periodo de compromiso acababa al finalizar el año 2012. No obstante, sí hubo cierto progreso que invitaba al optimismo, ya que los acuerdos de Cancún establecieron que los países industrializados debían reducir sus emisiones en un rango entre el 15 y 40% por debajo de los niveles de 1990 en el año 2020. Además, incitaba a los países en vías de desarrollo a aumentar su nivel de ambición para reducir sus emisiones y se han acordado actuaciones e incentivos para frenar la deforestación.

Un año después, en 2011, la COP 17 se celebraba en Durban (Sudáfrica) y aunque también fue criticada por considerar que, a pesar de que los representantes de los estados participantes reconocieron la urgente necesidad de aumentar los esfuerzos para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, no se consiguió ningún acuerdo vinculante constitutivo de un marco jurídico internacional para la reducción de las emisiones de CO<sub>2</sub>, sino sólo meras promesas. No obstante, sí se pueden encontrar algunos resultados: se firma la prolongación de la vigencia del Protocolo de Kioto y el segundo plazo de este tratado comienza en 2013; se pone en marcha el “Fondo Verde” acordado en Cancún (100.000 millones de dólares anuales a los países en desarrollo para que puedan adaptarse a las consecuencias del cambio climático), pactándose un programa de trabajo para 2012 que haga factible el fondo; se establece una hoja de ruta, propuesta por la UE, *para la adopción de un nuevo acuerdo global vinculante de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, aplicable a todos los países*, y no sólo a los Estados desarrollados como sucede con el protocolo de Kioto, lo que obliga a comprometerse a los grandes contaminadores: China, Estados Unidos y la India. Se fija el año 2015 como plazo para adoptar un acuerdo con fuerza legal que deberá estar listo antes de 2020, periodo en que finalizan los compromisos voluntarios de recortes efectuados por los Estados en la cumbre de la ciudad mexicana de Cancún de 2010.

En 2012, se celebró en Doha (Qatar) la COP 18, cuyo objetivo, continuando con la anterior Cumbre de Durban, era sentar las bases para un acuerdo climático que asegure que el aumento de temperatura global no supere los 2° C (umbral estimado a

partir de cual existe un grave riesgo de desestabilización del sistema climático que pueden producir impactos de consecuencias impredecibles) pero fue tildada de gran fracaso. Únicamente se logró un acuerdo de mínimos, denominado “Puerta climática de Doha”, que prorroga hasta 2020 el protocolo de Kioto. Sin embargo, esta prórroga tiene obligaciones para muy pocos países y, por otra parte, los textos encaminados a conseguir el pacto mundial en París para 2015, que incluya a todos los países, han quedado prácticamente vacíos de contenido, pues sólo se logró un acuerdo para que en mayo de 2015 haya un borrador de convenio, tampoco se señaló ningún objetivo global de reducción de emisiones ni el año en el que deben tocar techo y sobre la financiación no se pudo lograr nada porque, dada la situación económica, se admitió que ni Estados Unidos ni Europa podían aportar nada en ese momento.

La última Cumbre del Clima (COP 19) celebrada en 2013 en Varsovia (Polonia), también terminó con titulares no muy halagüeños y se clausuró con una sensación de decepción generalizada puesto que no se habían hecho progresos suficientes para la reducción de las emisiones de gases contaminantes. Aunque en la página web oficial de la COP 19 se congratulaban del apoyo de doce grandes compañías que incluía también el suministro de productos ecológicos y servicios<sup>6</sup>, lo cierto es que las principales ONG,s medioambientales, en un acto sin precedentes, se retiraron de las negociaciones y abandonaron la Cumbre como protesta por la falta de avances en la consecución de un acuerdo internacional eficaz para frenar las emisiones de gases de efecto invernadero, afirmando en un comunicado conjunto que la cumbre debería haber supuesto una etapa importante hacia un futuro sostenible pero no lleva a nada.

### **1.1.2. La toma de conciencia sobre la necesidad de protección medioambiental en el seno de la Unión Europea.**

---

<sup>6</sup> UNITED NATIONS, 'Climate Change Conference. Partners for COP 19', (17/09/2013). Pág. web ONU: <http://www.cop19.gov.pl/latest-news/items/partners-for-cop19>. Visitada el 01/03/2014.

Actualmente, el lema que la Comisión Europea utiliza al hablar de las políticas de medio ambiente es “la inacción no es una opción”<sup>7</sup>. La Unión Europea es hoy la más fervorosa defensora de la protección medioambiental, estableciendo dentro de su esfera de acción y proponiendo fuera de ella, como veremos más adelante, estrictos retos para la defensa ambiental. Así lo explica la Comisión Europea: “El medio ambiente es insensible a las fronteras de la Unión: el aire, el agua, el mar, la fauna y la flora no saben de confines. En la medida en que la UE consiga animar a sus países vecinos —e, incluso, a los de todo el mundo— a adoptar normas exigentes, mayor será la calidad de nuestro propio entorno. La Unión se esfuerza por garantizar que los países que desean incorporarse a la UE adapten su propia legislación ambiental a estos requisitos. La UE colabora estrechamente con los países vecinos para animarlos a adoptar un comportamiento similar y desempeña un papel activo en las negociaciones internacionales sobre el desarrollo sostenible, la biodiversidad y el cambio climático. El objetivo a largo plazo de sostenibilidad ambiental que persigue la UE es uno de los objetivos de desarrollo del milenio de las Naciones Unidas”<sup>8</sup>.

Pero no siempre fue así. Ninguno de los tres Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica y Tratado de la Comunidad Económica Europea) hacía referencia ni alusión directa al medio ambiente, ya que estos tratados surgieron en los años cincuenta en una Europa arruinada por las guerras y cuyo principal objetivo era impulsar la paz y el crecimiento económico y cuando, además, aún no existía conciencia mundial sobre el carácter limitado de los recursos y la necesidad de protección del medio ambiente.

La primera directiva comunitaria en materia de medio ambiente es la Directiva 67/548/CEE del Consejo de Europa, de 27 de junio de 1967, relativa a la clasificación, etiquetado y embalaje de sustancias peligrosas, seguida de otras dos directivas en 1970: la Directiva 70/157/CEE del Consejo de Europa, de 6 de febrero de 1970, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el nivel sonoro

---

<sup>7</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Comprender las políticas de la Unión Europea. Medio ambiente*, (Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2013) portada. Pág. web UE: [http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/es/environment\\_es.pdf](http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/es/environment_es.pdf). Visitada el 01/03/2014.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 4

admisible y dispositivo de escape de los vehículos de motor, y la Directiva 70/220/CEE del Consejo, de 20 de marzo de 1970, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de medidas contra la contaminación atmosférica causada por las emisiones de los vehículos de motor. Sin embargo, es preciso reconocer que, más que por afán de protección del medio ambiente, esto fue originado por la necesidad de evitar que, por las medidas ambientalistas de Alemania y Francia (por ejemplo, en 1969 el Gobierno Alemán adoptó su Programa para la defensa y conservación del medio ambiente)<sup>9</sup> se obstaculizara la puesta en marcha y normal funcionamiento del mercado común<sup>10</sup>.

En realidad, el origen concreto de la decisión política de comprometerse en la protección del medio ambiente parece encontrarse en la Comunicación de la Comisión de 22 julio 1971, que subrayó la exigencia de tener en cuenta la calidad de los recursos naturales y de las condiciones de vida en la misma definición y organización del desarrollo económico. El Parlamento Europeo acogió favorablemente la iniciativa, "convencido de la necesidad y la urgencia de la puesta en marcha, a nivel comunitario, de medidas eficaces de protección del medio ambiente".

En la cumbre de París de octubre de 1972, fue cuando se asumió decididamente la protección del medio ambiente como misión propia de la Comunidad, al declarar que "Los Jefes de Estado y de Gobierno subrayan la importancia de una política ambiental en la Comunidad"<sup>11</sup>. Así mismo, estos altos mandatarios manifestaron la necesidad de integrar las políticas de desarrollo económico con las de protección del medio ambiente para la buena consecución del mercado común y a tal efecto expresaron que "La expansión económica, que no es un fin en sí, debe, prioritariamente, permitir atenuar la

---

<sup>9</sup> PLAZA MARTÍN, CARMEN, *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2005) p. 42.

<sup>10</sup> DE LAS HERAS Y OJEDA, MARIOLA, 'Responsabilidad ambiental: el derecho español y comunitario', *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*, <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, 17 (2008).

<sup>11</sup> VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'Avanzando hacia un derecho penal ambiental comunitario', en ANTONIO VERCHER NOGUERA (ed) *Derecho europeo ambiental: La protección del medio ambiente en la Unión Europea. Aspectos críticos*. (Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007) p. 48.

disparidad de las condiciones de vida. Debe perseguirse con la participación de todos los sectores sociales. Debe traducirse en una mejora de la calidad así como del nivel de vida. De acuerdo con el genio europeo, una atención particular se concederá a los valores y bienes no materiales y a la protección del medio ambiente, a fin de poner el progreso al servicio de los hombres"<sup>12</sup>. En esta misma declaración se invitaba a las instituciones de la Comunidad a establecer un programa de acciones sobre el medio ambiente, dotado de un calendario preciso de actuaciones, al formular que “a ese fin invitan a las instituciones de la Comunidad a establecer, antes del 31 de julio de 1973, un programa de acción, acompañado de un calendario preciso”. Fruto de esta invitación fue el primer “Programa de Acción Ambiental”, al que han seguido cinco más, que constituyen el eje en torno al cual la Comunidad, desde entonces, ha articulado su acción en defensa del medio ambiente.

Poco después, el Consejo de Ministros ampliado, celebrado en Bonn en 1972, fijó los principios esenciales para la aplicación de la nueva política medioambiental comunitaria, a saber: “Hay que prevenir antes que curar”, como filosofía de actuación, y el de que “quién contamina, paga”, como filosofía de corrección de actuaciones perjudiciales, principios a los que más tarde se añadiría alguno más, como veremos.

Fue a partir de esa decidida toma de postura en la cumbre cuando realmente se abrió el camino para la realización de una política comunitaria de medio ambiente y, muy importante, para que se realizaran las reformas necesarias a los tratados constitutivos para poder dotarla de un marco jurídico estable y superar el problema que suponía la falta de competencia expresa para la toma de iniciativas o aprobación de normas en materia de medio ambiente.

### **1.1.3. La evolución de la política medioambiental europea a través de los tratados.**

El Tratado de la Comunidad Económica Europea (Roma, 1957) no contempló

---

<sup>12</sup> LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO, 'Caracteres del Derecho comunitario europeo ambiental', *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, 1 (1998).



entre sus objetivos la protección del medio ambiente ni contenía disposición que, de manera expresa, reconociera competencia a las instituciones europeas para actuar en esta materia<sup>13</sup>. Esta ausencia de atribución expresa de competencia impedía que la Comunidad Económica Europea pudiera tomar medidas en esta área (medio ambiente) ya que se regía por el principio de atribución que permitía ejercer competencias y tomar iniciativas sólo en los supuestos recogidos expresamente en el Tratado<sup>14</sup>.

Como hemos dicho anteriormente, la Declaración de la Cumbre de París de 1972 supuso una novedosa interpretación del TCEE para solventar el problema de la falta de atribución expresa. Se buscó como fundamento jurídico para ello, precisamente, el art. 2 del Tratado de Roma que, como hemos visto, recoge los objetivos de la nueva Comunidad en ciernes y, aunque el mismo no hace mención alguna al tema del medio ambiente, se interpretó como reconocimiento implícito de la necesidad de desarrollo de una política ambiental, el que dispusiera como misión de la Comunidad la promoción de “un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad” y “una expansión continua y equilibrada”. Así se reconoce expresamente cuando, en el preámbulo del Primer Programa comunitario de Acción Ambiental, manifiesta que “*conforme al artículo 2 del Tratado, es tarea de la CEE promover en la Comunidad un desarrollo armonioso de actividades económicas y una expansión continua y equilibrada, que ahora no pueden concebirse sin una lucha eficaz contra las contaminaciones y perturbaciones ni sin mejorar la calidad de vida y la protección del medio ambiente (...)*”<sup>15</sup>.

Así, a pesar de la carencia de una base jurídica expresa en materia ambiental, la

---

<sup>13</sup> Los objetivos a conseguir estaban definidos en el art. 2 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que disponía: *La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y la progresiva aproximación de las políticas económicas de los Estados miembros, un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran.*

<sup>14</sup> Art. 6 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea: *Los Estados miembros en estrecha colaboración con las instituciones de la Comunidad, coordinarán sus respectivas políticas económicas en la medida necesaria para alcanzar los objetivos del presente tratado.*

<sup>15</sup> LOZANO CUTANDA, BLANCA & PLAZA MARTÍN, CARMEN, 'La política de medio ambiente', en ENRIQUE LINDE PANIAGUA (ed) *Políticas de la Unión Europea* (Ed. Colex, Madrid, 2007) p. 813.

Comunidad pudo producir más de un centenar de normas de Derecho derivado en ejecución de los tres primeros programas de acción (de 1973 a 1987). En esta etapa, la norma más utilizada para ello fueron las directivas, aunque también, de modo excepcional, se utilizaron algunos reglamentos. El fundamento jurídico para la producción de dichas normas era doble: por un lado, se tomó como base jurídica el art. 100 TCEE, que permitía la adopción de directivas para la armonización de las normas de los Estados miembros en cualquier área que incidiese en el buen funcionamiento del mercado común<sup>16</sup>. Por otro lado, se recurrió al art. 235 TCEE, que recogía la posibilidad de actuación cuando fuera necesario para el cumplimiento de alguno de los objetivos en el marco del funcionamiento del mercado común, aunque el Tratado no lo hubiera recogido expresamente<sup>17</sup>. Es la disposición conocida como “cláusula de imprevisión” o “de competencias subsidiarias”<sup>18</sup>.

Estos dos artículos constituyeron el método, poco ortodoxo pero efectivo, de protección comunitaria al medio ambiente, si bien esta intervención no fue unánimemente bien acogida y hubo polémica entre los Estados miembros. Así, aunque ninguno argumentó la falta de competencia de la Comunidad en materia de medio ambiente para recurrir la validez de las directivas ambientales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sí fue refutada por otras vías. En el seno del Consejo sí hubo casos en que algunos Estados argumentaron la falta de competencia comunitaria para oponerse a alguna directiva; por ejemplo, en el caso de la Directiva 84/360/CEE sobre la lucha contra la contaminación atmosférica producida por instalaciones industriales (DOCE I, 188 de 16.7.1984) que fue vetada durante algún tiempo por Gran Bretaña. No obstante, hay que resaltar que, desde el principio, la Comunidad contó, en materia de protección al medio ambiente, con el inestimable

---

<sup>16</sup> Antiguo art. 100 TCEE: “El consejo adoptará, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común”.

<sup>17</sup> Antiguo art. 235 TCEE (actual art. 352 TFUE): “Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinente”.

<sup>18</sup> PLAZA MARTÍN, CARMEN, *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2005) p. 44.

apoyo del Tribunal de Justicia, que, en cuanto tuvo oportunidad, declaró que la protección ambiental constituía uno de los objetivos esenciales de la Comunidad.

Efectivamente, en la Sentencia de 18 de marzo de 1980, as. 91/79, sobre la ejecución por Italia de la Directiva del Consejo de 22 de noviembre de 1973, 73/404/CEE, que trataba de la armonización de las legislaciones estatales relativas a los detergentes, y en la Sentencia también de 18 de marzo de 1980, as. 92/79, que trataba de la ejecución de la Directiva del Consejo de 24 de noviembre de 1975, 75/716/CEE, sobre armonización de las legislaciones estatales relativas al contenido del azufre de ciertos combustibles líquidos, Italia cuestionó que dichas directivas pudieran tener fuerza normativa, puesto que estaban en el límite de la competencia comunitaria, a lo que el TJCE, rechazando tal argumento, consideró que las directivas no estaban destinadas exclusivamente a la protección del medio ambiente, sino también a eliminar barreras y obstáculos que resultan de las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros, por lo que entendió que las directivas estaban válidamente basadas en el art. 100 TCEE. Además, reconocía la posibilidad de que las disposiciones basadas en consideraciones hacia el medio ambiente pudieran resultar gravosas para las empresas a las que se apliquen, por lo que era necesaria una armonización de dichas disposiciones para no afectar a la libre competencia y, por ende, al mercado común. Por otro lado, en el caso 240/83 (caso *des brûlers d'huiles*) referido a la directiva 75/439/CEE de 16 de junio de 1975, relativa a la gestión de aceites usados, el TJCE en su sentencia de 7 de febrero de 1985, haciendo una interpretación extensiva del art. 2 TCEE declaró que “la protección del medio ambiente constituye uno de los objetivos esenciales de la Comunidad”<sup>19</sup>.

A pesar de lo anterior, lo cierto es que el reconocimiento expreso de dicha competencia comunitaria en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea no se produce hasta muchos años después. Concretamente, hay que esperar a la

---

<sup>19</sup> En este caso, Francia se opuso a la medida establecida por la citada Directiva argumentando que era incompatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de bienes. El Tribunal respondió que el principio de libertad de comercio no puede considerarse en términos absolutos, sino sometido a ciertos límites justificados por los objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad siempre y cuando no se atente a la sustancia de ese derecho, y añadiendo que esa Directiva se sitúa en el marco de protección al medio ambiente, que es uno de los objetivos esenciales de la Comunidad.

modificación del Tratado de Roma de 1957, por el Acta Única Europea, aprobada en febrero de 1986<sup>20</sup> y que entró en vigor el 1 de enero de 1987. En efecto, el Acta Única Europea introduce en el propio Tratado, concretamente en el art. 25, el Título VII denominado “Medio Ambiente”, que consta de tres artículos, artículos 130 R, 130 S y 130 T del TCEE (actuales 174 a 176 TFUE), además del art. 100 A (actual art. 114 TFUE) en el que se reconoció de manera expresa la competencia de la Comunidad para adoptar, *“por mayoría cualificada del Consejo, a propuesta de la Comisión y en cooperación con el Parlamento Europeo y previa consulta al Comité Económico y Social, (...) las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y funcionamiento del mercado interior”*<sup>21</sup>, y en cuyo apdo. 3 conminaba a la Comisión a que sus propuestas se basen en un “nivel de protección elevado” cuando se trate de protección al medio ambiente<sup>22</sup>.

De esta manera, la aprobación del Acta Única Europea supuso no sólo que la protección ambiental fuese reconocida como uno de los objetivos principales de la Unión Europea y la proclamación de la misma como un componente esencial que debe anteponerse a cualquier otra política de la Comunidad<sup>23</sup>, sino, sobre todo, la adquisición por parte de la acción comunitaria para la protección del medio ambiente de “la cobertura del Derecho originario de la Comunidad”<sup>24</sup>.

Los objetivos señalados por el art. 130 R del AUE en materia de medio ambiente eran muy amplios: conservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente, contribuir a la protección de la salud de las personas y garantizar una utilización

---

<sup>20</sup> El Acta Única Europea fue firmada el 17 de febrero en Luxemburgo y el 28 de febrero en La Haya y publicada en el DOCE nº L 169 de 29 junio 1987.

<sup>21</sup> Art. 100 A. 1 AUE.

<sup>22</sup> Art. 100 A. 3 del AUE: *“La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado”*.

<sup>23</sup> El art. 130 R. 2 *in fine* del AUE dispone que *“Las exigencias de la protección del medio ambiente serán un componente de las demás políticas de la Comunidad”*.

<sup>24</sup> LOZANO CUTANDA, BLANCA & PLAZA MARTÍN, CARMEN, 'La política de medio ambiente', en ENRIQUE LINDE PANIAGUA (ed) *Políticas de la Unión Europea* (Ed. Colex, Madrid, 2007)

prudente y racional de los recursos naturales<sup>25</sup>. Para ello estableció los principios que debían regir la acción comunitaria: “acción preventiva, de corrección -preferentemente en la fuente misma- de los ataques al medio ambiente y de que quien contamina paga”<sup>26</sup>. Además dispuso las cuestiones a tener en cuenta “en la elaboración de su acción en relación con el medio ambiente”: datos científicos y técnicos disponibles, condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Comunidad, ventajas y cargas que puedan resultar de la acción o falta de acción y desarrollo económico y social de la Comunidad en su conjunto y desarrollo equilibrado de las regiones<sup>27</sup>. En el apartado 4 del art. 130 R del AUE, se establece el principio de subsidiaridad y en el apartado 5 el de cooperación con terceros países y organizaciones internacionales<sup>28</sup>. Por su parte, el art. 130 S estableció el procedimiento a seguir para la decisión de actuaciones en materia de medio ambiente: “*El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social*”. Y, finalmente, el art. 130 T, que reconoce que las normas de protección al medio ambiente adoptadas en virtud del artículo 130 S, es un mínimo que puede ser superado por los Estados<sup>29</sup>.

Si el Acta Única Europea fue un gran paso en la actuación comunitaria para la protección ambiental, el Tratado de la Unión Europea reforzó aún más dicha tutela al consagrarla, por primera vez, como auténtica “política” comunitaria y no mera acción, y

---

<sup>25</sup> Art. 130 R. 1 AUE.

<sup>26</sup> Art. 130 R. 2 AUE.

<sup>27</sup> Art. 130 R. 3 AUE.

<sup>28</sup> Art. 130 R. 4 AUE: “*La Comunidad actuará, en los asuntos de medio ambiente, en la medida en que los objetivos contemplados en el apartado 1 puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente. Sin perjuicio de determinadas medidas de carácter comunitario, los Estados miembros asumirán la financiación y la ejecución de las demás medidas*”.

Art. 130 R. 5 AUE: “*En el marco de sus respectivas competencias, la Comunidad y los Estados miembros cooperarán con los terceros países y las organizaciones internacionales competentes. Las modalidades de cooperación de la Comunidad podrán ser objeto de acuerdos entre ésta y las terceras partes interesadas, que serán negociados y concluidos con arreglo al art. 228.*

*El párrafo precedente se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para negociar en las instituciones internacionales y para concluir acuerdos internacionales.*

<sup>29</sup> Art. 130 T del AUE: “*Las medidas de protección adoptadas conjuntamente en virtud del artículo 130 S no serán obstáculo para el mantenimiento y adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección compatibles con el presente tratado*”.

al establecer sanciones penales para los Estados que incumplan el Derecho comunitario.

En junio de 1990, el Consejo Europeo adoptó la “Declaración de Dublín sobre agua y desarrollo sostenible” y, posteriormente, en diciembre de 1990, expuso que la protección ambiental debería redefinirse en relación a los poderes comunitarios y mejorarse la misma asegurándose el crecimiento sostenible, para lo que la Comisión sugirió a la Conferencia Intergubernamental el voto por mayoría cualificada del art. 130 S y la reformulación del principio de integración del art. 130 R. En abril de 1991, la presidencia luxemburguesa distribuyó un borrador sugiriendo una nueva redacción del art. 130 R 2.2 y el voto por mayoría del art. 130 S. Por su parte, en septiembre del mismo año, la presidencia holandesa presentó un nuevo borrador manteniendo la propuesta luxemburguesa, añadiendo además el principio de cautela al art. 130 R 2.1 y la adopción por mayoría y codecisión de las acciones ambientales. Pero España y Reino Unido propugnaron la decisión por unanimidad en el art. 130 S, por lo que se confeccionó un nuevo borrador en el que se proponía el acuerdo de todos en materia fiscal, ordenación del territorio y urbanística y uso del suelo y que, en los demás casos, lo fuera por mayoría. También se introdujo la cláusula sobre excepciones que luego se convirtió en el art. 130 S, propugnada por España. Todo esto condujo a la firma del Tratado de la Unión Europea<sup>30</sup>.

En 1992 se firmó en Maastricht el Tratado de la Unión Europea (TUE) y a partir de entonces, la Comunidad Económica Europea pasa a denominarse Comunidad Europea y a quedar enmarcada en el contexto más amplio de la Unión Europea, dentro de la cual se incluyen también dos ámbitos de cooperación intergubernamental: el de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y el de Cooperación en los ámbitos de justicia y los asuntos de interior (JAI)<sup>31</sup>. Desde ese momento, es común referirse a la Unión Europea como un templo griego que se apoya en tres pilares: el primer pilar, de carácter comunitario o de integración, lo forman los tratados constitutivos; el segundo pilar, de carácter intergubernamental, lo comprende la “Política Exterior y de Seguridad

---

<sup>30</sup> FIGUEROA ALEGRE, IVO LUIS, 'El derecho ambiental en el ámbito de la Comunidad Europea', *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, 19, Julio (2009).

<sup>31</sup> Acordado en el Consejo Europeo de 9 y 10 de diciembre de 1991, fue firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y entró en vigor el 1 de noviembre de 1993

Común”; y el tercer pilar, también de carácter intergubernamental lo comprende la “Cooperación policial y judicial en materia penal”.

En el TUE, cuya negociación coincidió en parte con la preparación de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible celebrada en junio de 1992 (Cumbre de Río) se incorporó, por primera vez, la protección del medio ambiente entre los objetivos previstos en la Primera Parte del Tratado de la Comunidad Europea, reforzando de esta manera, aún más, en el Derecho originario el reconocimiento de la política ambiental como misión propia de las Comunidades, al reconocer expresamente como uno de los objetivos de la Unión en el art. B TUE “promover un progreso social equilibrado y sostenible” y en el art. 2 TCE que “la Comunidad tendrá por misión promover (...) un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente”. También se utilizó, por vez primera, la denominación “política” en el ámbito de medio ambiente, en lugar de “acción”, al afirmar en el art. 3.k TCE que “para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente tratado: (...) una política en el ámbito de medio ambiente”. Además, dentro del Título de Medio Ambiente, en el art. 130 R.1 se vuelve a utilizar la palabra “política” al referirse a la acción de la Comunidad en esta materia<sup>32</sup>, y se establece como nuevo objetivo de la política ambiental el “*fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente*”. Se dejaba clara así la intención de la Comunidad de afrontar el reto de la protección ambiental desde todos los ángulos posibles y su voluntad de situarla en el nivel más alto dentro de sus objetivos.

Pero la protección ambiental en el ámbito comunitario no termina ahí. El Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997 y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de mayo de 1999, fue la primera revisión del TUE y con él, la protección del medio ambiente gana más fuerza, al incorporar como misión de la Comunidad, en el marco de la integración europea, y en el art. 2 del TCE, “*el logro de un alto nivel de*

---

<sup>32</sup> Art. 130 R.1 TCE: “La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los principales objetivos: la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente (...)”.

*protección y de mejora de la calidad del medio ambiente*”. También se modifica el art. B TUE, que ahora pasa a ser el art. 2, y reconoce como objetivo de la Unión, entre otros, “(...) *conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible*”. Otro cambio significativo es el traslado a la Primera Parte del Tratado, dedicada a los principios de la Comunidad, del principio de integración de las exigencias de la Comunidad, pasando del art. 130 R al art. 6, con la siguiente redacción: “*Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible*”. Se subraya la importancia del cambio semántico, ya que mientras que con el Tratado de Maastricht se hablaba de “crecimiento sostenible”, en el Tratado de Ámsterdam se recogió el concepto de “desarrollo sostenible”, siendo éste último el consagrado en los foros internacionales<sup>33</sup>. Con las modificaciones introducidas por el Tratado de Ámsterdam, el Título de Medio Ambiente pasa a ser el número XIX y los artículos se reenumeran como artículos 174, 175 y 176. También se modifican los procesos de toma de decisión de las instituciones comunitarias en materia de medio ambiente, introduciéndose el procedimiento de codecisión, lo que a su vez afecta al desarrollo de la política ambiental de la Comunidad, ya que el Derecho comunitario derivado adoptado en esta materia pasa a ser acordado por mayoría cualificada del Consejo y por el Parlamento, excepto en los ámbitos a que se refiere el art. 175.2, en los que el Consejo decidirá por unanimidad.

El Tratado de Ámsterdam fue la última gran reforma de las disposiciones del TCE sobre medio ambiente, ya que el Tratado de Niza -firmado en esta ciudad el 26 de febrero de 2001 y que entró en vigor el 1 de febrero de 2003- no supuso ningún cambio relevante en cuanto a las disposiciones de medio ambiente del TCE.

La última y gran modificación de los tratados la ha constituido el Tratado de Lisboa<sup>34</sup>. Comenzó siendo un proyecto de Constitución Europea pero, ante el rechazo de algunos países de la Unión, se recondujo al actual Tratado de Lisboa, cuya denominación reza: “Por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el

---

<sup>33</sup> PLAZA MARTÍN, CARMEN, *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2005) p. 48.

<sup>34</sup> El Tratado de Lisboa se firmó en esta ciudad el 13 de diciembre de 2007, fue publicado en el DOUE 2007/C 306 y entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.



Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea”. Una de las reformas más importantes que introduce el TL es la supresión del sistema de pilares y, por lo tanto, ya no hay diferencia jurídica e institucional en la adopción de las normas comunitarias.

En materia de medio ambiente, que es la que nos ocupa, el TL modifica el art. 2 del TUE, precisando, en cuanto a los objetivos de la UE, que ésta “*obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en (...) un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente*”<sup>35</sup>. El objetivo se amplía a la acción exterior, ya que más adelante añade que “*en sus relaciones con el resto del mundo, la Unión (...) contribuirá al desarrollo sostenible del planeta*”<sup>36</sup>. Por su parte, en las modificaciones que afectan al TCE, actual TFUE, el art. 3.2 dispone que, en materia de medio ambiente, la competencia es compartida entre la UE y los Estados miembros<sup>37</sup>. Se mantiene la obligación de integrar las exigencias de la protección del medio ambiente en la definición y realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. El Título XX, Medio Ambiente, recoge los tres artículos que regulan la política ambiental de la Unión Europea, pudiendo destacarse dos novedades: por un lado, se añade un cuarto objetivo a alcanzar por la política de medio ambiente de la Unión: “*El fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente, y en particular a luchar contra el cambio climático*”; y, por otro lado, aunque se mantiene el procedimiento de codecisión, al que denomina “procedimiento legislativo ordinario”, como instrumento normativo general en materia de medio ambiente, introduce la

---

<sup>35</sup> Art. 2.3 TUE: *La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.*

<sup>36</sup> Art. 2.5 TUE: *En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.*

<sup>37</sup> Art. 3.2.e) TFUE: *Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán los siguientes ámbitos principales: (...) el medio ambiente.*

posibilidad de que en los ámbitos señalados en el art. 192.2, en lugar del “procedimiento legislativo especial” (unanimidad), pueda aplicarse el ordinario si el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, así lo dispone<sup>38</sup>. Por último, otra novedad que introduce el TL y que afecta, aunque esté incluido en otro Título, al tema del medio ambiente, es la inclusión de un nuevo Título XXI, denominado “Energía”, cuyo único artículo, el art. 194 señala que “(...) *atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión tendrá por objetivo, (...) fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético, así como el desarrollo de energías nuevas y renovables*”<sup>39</sup>.

Como se puede observar, la evolución en la protección por parte de la, primero Comunidad y después Unión Europea, ha ido *in crescendo*, pasando de ni siquiera mencionarlo ni tenerlo en cuenta con el Tratado de Roma de 1957 hasta ocupar uno de los primeros y más importantes puestos en sus objetivos, políticas y líneas de actuación en la actualidad.

## **1.2.- LOS OBJETIVOS DE LA POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE**

Como he dicho anteriormente, es tras la Segunda Guerra Mundial cuando surgen los Tratados de las 3 Comunidades Europeas -Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa o Euratom) y Comunidad Económica Europea (CEE)- en un momento caracterizado por la reconstrucción y la preocupación económica, por lo que el Tratado de Roma (Tratado de la Comunidad Económica Europea) no recogía, de manera explícita, entre sus objetivos la conservación y mejora del medio ambiente. Es más, ni siquiera contenía la expresión

---

<sup>38</sup> Ver art. 192.2 TFUE.

<sup>39</sup> Ver art. 194.1.c TFUE.

“medio ambiente”.

Se intentó buscar en este Tratado alguna alusión a la necesidad de establecer una política de gestión ambiental y se quiso ver en el art. 2 TCEE, cuando establecía entre los objetivos de la Comisión el promover “*una elevación acelerada del nivel de vida*”, y en el art. 29.d TCEE, que dictaminaba que “*la Comisión se guiará por (...) garantizar un desarrollo racional de la producción*”. Sin embargo, estas alusiones resultaban insuficientes<sup>40</sup>.

El Acta Única Europea modifica el TCEE e incorpora, de manera expresa, la protección del medio ambiente como misión de la Comunidad, recogiendo, por primera vez, los objetivos para dicha misión: uno, conservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente; dos, contribuir a la protección de la salud de las personas; y tres, garantizar una utilización prudente de los recursos (art. 130 R.1). El Tratado de la Unión Europea recoge como objetivo de la misma, en su artículo B, el promover un “progreso sostenible” e introduce dos nuevos objetivos en la política de medio ambiente comunitaria: uno en el art. 130.1 TCE, al que añade un cuarto epígrafe -el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente- y otro en el apartado 2 de dicho art. 130 TCE -alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad-. Posteriormente, tras la modificación introducida por el Tratado de Ámsterdam, se cambia la numeración de los artículos y los objetivos, que no cambian, pasan a estar recogidos en el art. 174.1 TCE y en el principio del apartado segundo de dicho art. 174 TCE.

Hoy en día, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa desde el 1 de diciembre de 2009, podemos distinguir entre un objetivo general de la UE recogido en el art. 2 TUE: un desarrollo equilibrado y sostenible no sólo a nivel europeo sino también mundial; los objetivos generales de la política de medio ambiente, recogidos en el art. 191.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y que no han variado desde la modificación por el TUE del TCEE en TCE, a saber: 1) la conservación, la

---

<sup>40</sup> FRANCO SALA, LUIS, 'La política medioambiental comunitaria: planteamientos, instrumentos y resultados', *Revista CIDOB d'afers internacionals*, 34-35 (1996).

protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, 2) la protección de la salud de las personas, 3) la utilización prudente y racional de los recursos naturales y 4) el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente y en particular a luchar contra el cambio climático; además de la mención en el art. 191.2, como objetivo de la política ambiental de la UE, de *alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión*. La amplitud de estos objetivos permite a la UE abarcar cualquier tipo de medida –incluidas las extracomunitarias– y evitar una posible limitación de sus competencias en este campo debida a una interpretación demasiado estricta de los objetivos marcados en el Tratado.

### **1.2.1. La promoción de un desarrollo equilibrado y sostenible**

Considera Martín Arribas<sup>41</sup> que el objetivo general de promover el desarrollo equilibrado y sostenible no puede considerarse algo totalmente novedoso, puesto que el Tratado de la CEE (Roma, 1957) ya contemplaba como objetivo el progreso socio-económico. Sin embargo, la diferencia estriba en que en aquellos años se pensaba que la protección del medio ambiente exigía el descenso del nivel de vida, la ralentización del crecimiento económico y la limitación de la libertad individual.

La más conocida definición de Desarrollo sostenible es la de la Comisión Mundial sobre Ambiente y Desarrollo (Comisión Brundtland) que en 1987 lo definió como "el desarrollo que asegura las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para enfrentarse a sus propias necesidades". Es decir, hace referencia al esfuerzo por garantizar que el crecimiento económico se pueda realizar en el presente sin agotar los recursos para poder continuar creciendo en el futuro.

Las características de un desarrollo para que pueda ser considerado sostenible son las siguientes: actividad económica que mantenga o mejore el sistema ambiental y

---

<sup>41</sup> Vid. MARTÍN ARRIBAS, JUAN JOSÉ, *La Unión Europea ante el fenómeno del cambio climático*, (Universidad de Burgos. Servicio de Publicaciones, Burgos, 2005) p. 115.

mejore la calidad de vida de todos, y no sólo de unos pocos selectos, el uso eficiente de los recursos, la promoción del reciclaje y la reutilización, el desarrollo e implantación de tecnologías limpias, la restauración de los ecosistemas dañados, la promoción de la autosuficiencia regional y el reconocimiento de la importancia de la naturaleza para el bienestar humano.

El informe Brundtland llamó la atención sobre este tema y en la Cumbre de Río se fijó el doble objetivo de cambiar los hábitos contaminantes de consumo de los países industrializados y de luchar contra la pobreza, puesto que ésta puede originar daños ecológicos, ya que los pueblos sin recursos económicos no tienen más opción que explotar los recursos naturales para poder sobrevivir y no pueden permitirse restaurar daños ni reciclar.

La UE ha sido muy activa a la hora de poner en práctica el contenido de la Agenda 21, el modelo internacional de evolución hacia un desarrollo sostenible, y ha informado del progreso anual a la Comisión de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. Se considera que no sólo es posible la reconciliación de los intereses económicos con los de los ciudadanos europeos, sino que además la defensa de aquellos redundará en el beneficio de éstos<sup>42</sup>.

En la Cumbre de Gotemburgo de 2001, el Consejo Europeo aprobó la estrategia para el desarrollo sostenible<sup>43</sup>, partiendo de la necesidad de utilizar las políticas económicas, sociales y ambientales de forma interactiva. Se trata, fundamentalmente, de coordinar las políticas comunes que afecten a aspectos económicos, medioambientales y sociales, establecer varios objetivos y medidas como guía general para la futura política de desarrollo, divididos en cuatro áreas prioritarias: cambio climático, transportes, salud pública y recursos naturales, así como adoptar las medidas necesarias para garantizar su aplicación y seguimiento por el Consejo Europeo.

---

<sup>42</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Por un futuro más verde. La Unión Europea y el medio ambiente*, (Dirección General de Prensa y Comunicación. Publicaciones, Bruselas, 2002) .

<sup>43</sup> Ver Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Gotemburgo (celebrado los días 15 y 16 de junio de 2001), Capítulo II, apartados 19 y ss.

[http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es1.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es1.pdf) . Visitada el 01/03/2014.

Así lo reconoce también la Comisión Europea, al afirmar que “al concebir la política de medio ambiente de la UE, se presta especial atención a la búsqueda de medios rentables para protegerlo y mejorarlo y reducir la presión sobre unos recursos escasos. Por ello, se recurre a los instrumentos económicos existentes para incentivar financieramente la protección del medio ambiente. En los casos en los que no exista un mercado, el establecimiento de objetivos y la creación de sistemas de limitación y comercio (*cap-and-trade*) pueden contribuir a la fijación de precios que reflejen los verdaderos costes ambientales de los productos. Los impuestos y las subvenciones también pueden servir como medidas de incentivo o disuasión para favorecer que las empresas y los consumidores elijan alternativas más sostenibles. Entre las muchas ya vigentes, cabe mencionar las tasas aplicables a la tala de árboles o la eliminación de residuos. La Comisión Europea aboga por una eliminación progresiva de los incentivos perversos que fomentan el uso de productos y procesos contaminantes o de alto consumo energético”<sup>44</sup> y más adelante aboga por fomentar la innovación ecológica, explicando que “por innovación ecológica se entiende cualquier forma de innovación que persiga o tenga como resultado un avance importante y demostrable de cara al objetivo de desarrollo sostenible, gracias a la reducción de las consecuencias negativas en el medio ambiente, a la mejora de adaptación ante las presiones medioambientales o a un aprovechamiento más eficiente y responsable de los recursos naturales”<sup>45</sup>.

### **1.2.2. La conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente**

Cuando hablamos de calidad del medio ambiente nos estamos refiriendo a una medida acerca de la salud del medio ambiente y, dado que, desde mi punto de vista, la concepción intermedia de medio ambiente es la más adecuada (el medio ambiente está

---

<sup>44</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Comprender las políticas de la Unión Europea. Medio ambiente*, (Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2013) p. 6. Pág. web UE: [http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/es/environment\\_es.pdf](http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/es/environment_es.pdf). Visitada el 01/03/2014.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 7.

conformado además de por el aire y el agua, por el suelo, la flora y la fauna), la calidad medioambiental viene referida a la salubridad de los elementos mencionados y a los efectos que dicha higiene ambiental tiene en la salud física y mental e incluso en la comodidad y disfrute de los seres humanos, no olvidemos que la naturaleza nos oferta belleza y actividades recreacionales.

Martínez Sánchez ha definido los tres términos que acotan este objetivo, considerando que la conservación “hace referencia a la necesaria parsimonia en el uso de los recursos naturales, en especial lo no renovables, de suerte que nuestro desarrollo actual no comprometa el de las generaciones venideras”; estimando que la “protección incluye la conservación, pero le añade una idea de una respuesta de defensa activa para evitar el agotamiento de los recursos y la agresión al medio natural; va más lejos del simple no hacer daños” y la mejora “supone el reconocimiento de situaciones en las que el deterioro actual ha alcanzado tales niveles que debe ser corregido”, entendiéndose en el sentido “más estricto de reconstrucción natural”<sup>46</sup>.

Mantener una buena calidad del medio ambiente es mantener una buena calidad de vida y así se reconoce en la Comunicación de la Comisión sobre el Sexto Programa de Acción ambiental de la UE<sup>47</sup>, al manifestar que “*en las últimas décadas ha habido una concienciación cada vez mayor de que la calidad del aire, del agua, del suelo y de los alimentos influye en la calidad de nuestra salud y de nuestras vidas*”<sup>48</sup>.

Hemos de tener en cuenta que, como bien reconoce el anexo del Séptimo Programa de Acción en materia de Medio Ambiente, “*el bienestar y la prosperidad económica de la Unión se sustentan en su capital natural, es decir, su biodiversidad,*

---

<sup>46</sup> MARTÍNEZ SÁNCHEZ, JOSÉ M<sup>a</sup>, 'Aspectos económicos de la política del medio ambiente en la Unión Europea', en ISABEL VEGA MOCOROA (ed) *La integración económica europea* (Lex Nova, Valladolid, 1998) pp. 525-526.

<sup>47</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las regiones sobre el sexto programa de acción de la comunidad europea en materia de medio Ambiente “medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos”, COM (2001) 31 final. DOCE C 154 E de 25/05/2001. Pág. Web UE:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0031:FIN:ES:PDF>

<sup>48</sup> Comunicación sobre el VI PMA, p. 5.1.

*incluidos los ecosistemas, que proporcionan bienes y servicios esenciales, como unos suelos fértiles y unos bosques multifuncionales, unas tierras y unos mares productivos, agua dulce de buena calidad y aire limpio, así como la polinización, la regulación climática y la protección contra catástrofes naturales”, para añadir más adelante que “no obstante, estudios recientes indican que la Unión sigue perdiendo biodiversidad y que la mayoría de los ecosistemas están gravemente degradados, debido a presiones de diversas clases. Las especies foráneas invasoras, por ejemplo, plantean mayores riesgos de los que se pensaba para las plantas, los animales y los seres humanos, para el medio ambiente y para la economía” y disponer que “para proteger, conservar, mejorar y valorar el capital natural de la Unión es preciso, además, atajar los problemas en su origen mediante, entre otras cosas, una mayor integración de los objetivos relativos a ese capital natural en la elaboración y aplicación de otras políticas, y velar por que estas sean coherentes y produzcan beneficios recíprocos*<sup>49</sup>.

Por tanto, se hace precisa la conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente porque si actuamos para su consecución estaremos preservando los recursos naturales, -ya sabemos que no son infinitos ni eternos y que tener aire y agua limpios y suelos fértiles es una necesidad-, preservando los ecosistemas, la biodiversidad y, por ende, la fauna y flora en peligro de extinción (la alteración de ecosistemas suele acarrear consecuencias negativas, entre las que se encuentra la extinción de determinadas especies), protegiéndonos de desastres ambientales al no dañar la protección innata que nos ofrece la propia naturaleza (piénsese, por ejemplo, en los desastres ocurridos por “ganar” terreno al mar, o por construir sin respetar el hecho de que se trata de una rambla o lecho de un río, en la tala indiscriminada de árboles que impedían la formación de aludes y avalanchas,...), preservando el carácter estético que brinda la naturaleza, y preservando, en fin, nuestra propia calidad de vida. Y, para hacerlo no hay que esperar a que alguno de los elementos de lo que denominamos medio ambiente esté específicamente amenazado sino que hay que incorporar este principio protector a cualquier política y/o actividad cotidiana, no sólo en grandes proyectos, como por ejemplo, en la realización de un plan de desarrollo urbanístico,

---

<sup>49</sup> Puntos 17, 18 y 20 del Anexo de la DECISIÓN nº 1386/2013 del Parlamento europeo y del Consejo de 20/12/2013, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020, «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta». DOUE L 354 de 28/12/2013. Pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:354:0171:0200:ES:PDF>



comercial o industrial, mediante incentivos al promotor o mediante leyes protectoras del medio ambiente, sino también en el día a día más cotidiano, como, por ejemplo, concienciándonos para no desperdiciar agua o para no usar el mar como cubo de basura.

Todo ello sin olvidar el importante argumento de que también estaremos preservando el futuro de nuestra propia especie. Si el desarrollo sostenible queda definido como aquel que asegura las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones, no puede aspirarse a dicho desarrollo si no se adoptan las medidas necesarias para conservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente, pues de otra forma difícilmente podrán las generaciones venideras disfrutar de él. En otras palabras, “es preciso proteger la capacidad del planeta de sustentar la vida con toda su diversidad, y respetar los límites de los recursos naturales”<sup>50</sup>.

Se constituye pues, éste, como el objetivo esencial y primario de toda política ambiental, ya que sin él no hay desarrollo sostenible ni es posible la consecución de los demás objetivos de dicha política. Recordemos además que este objetivo fue el primero que se tuvo en cuenta cuando empezó a despertar la conciencia ecologista en el mundo.

### **1.2.3. La protección de la salud de las personas**

El Sexto Programa de medio ambiente de la UE define la salud como “*un estado de bienestar físico, mental y social completo, y no la mera ausencia de enfermedad o dolencia*”<sup>51</sup>.

La protección del medio ambiente lleva implícito la protección de la salud de las comunidades, de tal manera que si protegemos el medio ambiente, nos estamos protegiendo a nosotros. Ello es así porque el ser humano forma parte del medio ambiente, de forma que si éste se degrada, repercutirá en su salud. Tengamos en cuenta que vivir en ciudades contaminadas nos afecta tanto desde un punto de vista físico,

---

<sup>50</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Un medio ambiente de calidad. La contribución de la UE*, (Dirección General de Comunicación. Publicaciones, Bruselas, 2005)

<sup>51</sup> Comunicación sobre el VI PMA, punto 5.2.

provocando enfermedades como, por ejemplo, asma, insuficiencias respiratorias o alergias, entre otras, como desde un punto de vista psicológico, creando ansiedad, depresión o estrés. Por ello, respirar aire limpio y tener suficientes espacios abiertos nos ayuda física y psicológicamente al reducir el estrés y aportarnos una sensación placentera.

La contaminación ambiental está en el origen de múltiples problemas de salud pública. Por tanto, proteger el medio ambiente se convierte en algo necesario no sólo desde el punto de vista estrictamente ecológico, sino también desde un punto de vista sanitario y de calidad de vida, e incluso, desde un punto de vista económico, ya que esas enfermedades cuestan dinero en atención médica, fármacos, bajas laborales, baja de la productividad, invalidez... Si aspiramos a un desarrollo social, es preciso actuar para favorecer un entorno seguro y saludable, proteger la salud y luchar contra los riesgos para la misma de origen medioambiental.

De todo ello se deduce, como señala Martín Arribas que, aunque “la política de salud pública reconocida, tanto en Derecho originario comunitario, como en el derivado, una entidad suficiente y propia, sigue manteniendo fluidas interdependencias con otras políticas y, dentro de ellas, mayoritariamente con la política comunitaria de medio ambiente y con la política de protección de los consumidores”, llegando este autor a considerar que este objetivo “guarda una cierta vinculación con el conjunto de las disposiciones de Derecho originario que protegen los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales”<sup>52</sup>.

El Sexto Programa de medio ambiente de la UE explica claramente el por qué de la importancia de este objetivo: *“Un medio ambiente sano es fundamental para mantener prosperidad y calidad de vida a largo plazo”*, para más adelante recalcar que *“resulta cada vez más evidente y está cada vez más demostrado que la salud humana se ve afectada por problemas medioambientales vinculados a la contaminación del agua y el aire, las sustancias químicas peligrosas y el ruido. Se necesita una estrategia holística y global sobre medio ambiente y salud”*. En el mismo texto se detallan los

---

<sup>52</sup> MARTÍN ARRIBAS, JUAN JOSÉ, *La Unión Europea ante el fenómeno del cambio climático*, (Universidad de Burgos. Servicio de Publicaciones, Burgos, 2005) pp. 120-121.

problemas que un medio ambiente deteriorado puede ocasionar a la salud humana: aumento de alergias, enfermedades respiratorias y casos de cáncer, alteración de los sistemas hormonales y reproductivos y muerte prematura –añadiendo el Séptimo Programa alteraciones endocrinas que pueden afectar incluso al crecimiento infantil<sup>53</sup>- y las causas que lo provocan: contaminación generada por los transportes, actividad agrícola, procesos industriales, efluentes domésticos y desechos<sup>54</sup>. Y, de manera mucho más contundente y dramática el Séptimo Programa de acción medioambiental de la UE<sup>55</sup> advierte: “Según la OCDE, la contaminación atmosférica en las ciudades será en 2050 la principal causa ambiental de mortalidad en todo el mundo<sup>56</sup>”.

Es cierto que, como reconoce este último Programa, gracias a la política comunitaria de medio ambiente, los niveles de muchos contaminantes atmosféricos comunes y las concentraciones de dioxinas en los alimentos han disminuido significativamente y el agua potable está mucho más limpia hoy que hace veinte años. Pero también es cierto, que “a pesar de todos esos logros, cada vez hay más niños que sufren de asma, muchos de nuestros ríos y lagos no son aptos para el baño, y hay indicios de que las partículas de polvo y el ozono troposférico pueden estar afectando la salud de millares de personas cada año y provocando su muerte prematura”<sup>57</sup>. Actualmente, el Séptimo Programa de acción medioambiental de la UE también lo reconoce: “La legislación medioambiental de la Unión ha generado grandes beneficios para la salud y el bienestar de la población. No obstante, la contaminación del aire y del agua y los productos químicos siguen situándose a la cabeza de las preocupaciones medioambientales de los ciudadanos de la UE (...) Una proporción considerable de la población de la Unión sigue estando expuesta a niveles de contaminación atmosférica, incluida la contaminación del aire en interiores, superiores a los recomendados por la

---

<sup>53</sup> “Las investigaciones indican que determinados productos químicos tienen propiedades de alteración endocrina que pueden causar efectos desfavorables para la salud y el medio ambiente, afectando incluso al crecimiento de los niños, potencialmente incluso en dosis muy bajas”. VII PMA, Anexo punto 51.

<sup>54</sup> Comunicación sobre el VI PMA, punto 5.1.

<sup>55</sup> Decisión n° 1386/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta». DOUE L 354 de 28/12/2013. Pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:354:0171:0200:ES:PDF>

<sup>56</sup> VII PMA, Anexo, punto 44.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

*OMS (...) El acceso a agua de calidad satisfactoria sigue siendo problemático en algunas zonas rurales de la Unión (...) Las consecuencias adversas de las inundaciones y de las sequías para la salud de las personas y la actividad económica se observan cada vez con más frecuencia debido, en parte, a los cambios que registran el ciclo hidrológico y el uso de la tierra*<sup>58</sup> y se lamenta: “El hecho de que la política actual no se aplique plenamente está impidiendo que la Unión alcance unos niveles adecuados de calidad del aire y del agua”.

#### **1.2.4. La utilización prudente y racional de los recursos naturales**

Este objetivo, como el de la conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente, es necesario para garantizar una calidad de vida a las generaciones futuras, pues si desperdiciamos, deterioramos y destruimos los recursos naturales, una vez agotados, ¿qué ocurrirá en el futuro? Como los recursos naturales no son inagotables se hace necesaria una gestión adecuada de ellos que nos permita seguir aprovechándolos sin poner en peligro su disfrute en el futuro. Ahora bien, ¿qué se entiende por recursos naturales?, ¿y por una utilización prudente y racional?

Entendemos por recurso natural aquel del que el ser humano se sirve para satisfacer sus necesidades particulares, siendo recurso natural el que existe por sí mismo, sin necesidad de ningún artificio artificial ni intervención humana<sup>59</sup>.

Con ocasión del asunto C-36/98, el abogado general M. Philippe Léger definió qué se entiende por utilización prudente y racional de los recursos, al alegar que “El objetivo de la «utilización prudente y racional de los recursos naturales» refleja la idea según la cual las acciones de protección que afectan a los elementos específicos del medio ambiente constituidos por los recursos naturales deben llevarse a cabo respetando determinadas normas precisas. La expresión «utilización prudente» significa que la política común en materia de medio ambiente debe ir dirigida a

---

<sup>58</sup> *Ibidem*, puntos 44-46.

<sup>59</sup> MARTÍN ARRIBAS, JUAN JOSÉ, *La Unión Europea ante el fenómeno del cambio climático*, (Universidad de Burgos. Servicio de Publicaciones, Burgos, 2005) p. 122.

*prevenir los riesgos de contaminación que puedan sufrir los recursos naturales. Se pone de esta forma énfasis en la necesidad de prever medidas destinadas a conservar la calidad de los recursos naturales. La expresión «utilización racional» indica que la política medioambiental común va dirigida a evitar todo despilfarro, a utilizar únicamente la cantidad de recursos naturales que pueda satisfacer las necesidades actuales del hombre de forma que no resulten perjudicadas las necesidades de las generaciones futuras. El objetivo de «desarrollo sostenible» inherente a la política común en materia de medio ambiente se aborda de este modo a través de la norma según la cual los recursos naturales deben utilizarse de manera racional. Se insiste aquí en la necesidad de aplicar medidas destinadas a conservar la cantidad de los recursos naturales»<sup>60</sup>.*

Actualmente, al hablar del uso eficiente de los recursos, se le ha definido diciendo que “La eficiencia en el uso de los recursos tiene por objeto disociar el crecimiento económico de la utilización de los recursos. Incita a la economía a hacer más con menos, obtener más valor con menos insumos, utilizar los recursos de forma sostenible y reducir al mínimo su impacto sobre el medio ambiente”<sup>61</sup>.

La Comisión Europea explica la importancia de este punto: “Los recursos son necesarios para el funcionamiento de la economía y el medio ambiente. Ahora bien, los días del suministro abundante de materias primas a buen precio, fundamental para los principales progresos económicos de los últimos dos siglos, pertenecen al pasado. El crecimiento de la población y la elevación de los niveles de vida incrementan la demanda, encareciendo y apurando los recursos naturales de los que dependemos, como metales, minerales, alimentos, etc. A finales de la próxima década, las economías emergentes podrían aumentar en 2000 millones el número de personas con ingresos de clase media, deseosas de lograr un nivel de vida comparable al nuestro. Para hacer frente a estos retos, la Comisión Europea ha situado el uso eficiente de los recursos

---

<sup>60</sup> Conclusiones del Abogado General Léger presentadas el 16 de mayo de 2000. Reino de España contra Consejo de la Unión Europea. Asunto C-36/98, apartados 75, 76 y 77. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998C0036:ES:HTML>

<sup>61</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Comprender las políticas de la Unión Europea. Medio ambiente*, (Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2013) p. 9. Pág. web EU: [http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/es/environment\\_es.pdf](http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/es/environment_es.pdf)

entre sus principales preocupaciones políticas. El objetivo es generar más valor con menos recursos, utilizándolos de forma sostenible y más eficiente a lo largo de todo su ciclo de vida. Ello exige innovación, cambios en los modelos de producción y consumo, incentivos y precios adecuados. A finales de 2011, los gobiernos de la Unión Europea (UE) aprobaron una «hoja de ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos» que pone de relieve la necesidad de un gran cambio en los comportamientos político, económico y personal. La hoja de ruta fija los objetivos intermedios en distintos ámbitos de actuación para lograr en cuarenta años una economía europea que ofrezca un alto nivel de vida con un impacto mucho menor en el medio ambiente. La necesidad de hacer un uso eficiente de unos recursos finitos es un tema que se está integrando en todas las políticas de la UE. Para impulsar este proceso, la Comisión ha creado un grupo de alto nivel en el que participan responsables políticos nacionales, europeos e internacionales, así como industriales y expertos con amplios conocimientos económicos y medioambientales»<sup>62</sup>.

#### **1.2.5. El fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente.**

Este objetivo, a diferencia de los tres anteriores que fueron introducidos por el AUE, se incorporó merced al Tratado de Maastricht. Lo que este objetivo pone de manifiesto es el interés de la Unión Europea no sólo por la protección en el ámbito europeo, sino también a nivel mundial, lo que ha demostrado a lo largo de estos años en las diferentes Conferencias sobre medio ambiente celebradas en el seno de las Naciones Unidas, donde ha defendido no únicamente el cumplimiento de los objetivos establecidos en el Protocolo de Kioto, sino que, como veremos en el capítulo dedicado a ello, ha propuesto un aumento de los mismos para cuando expire el plazo del mencionado protocolo.

El VII PMA dedica todo un epígrafe a este tema titulado “*responder a desafíos locales, regionales y mundiales*” que incluye dos objetivos prioritarios: el nº 8,

---

<sup>62</sup> *Ibidem*, pp. 8-9.

*“aumentar la sostenibilidad de las ciudades de la Unión”, y el nº 9, “reforzar la eficacia de la Unión a la hora de afrontar los desafíos medioambientales y climáticos a nivel internacional” y en el que explica la importancia de este objetivo y las medidas a adoptar para su consecución. En el objetivo prioritario octavo, dedicado al ámbito regional<sup>63</sup>, tras señalar que “la Unión tiene una alta densidad de población, y es probable que, para 2020, el 80 % de sus habitantes vivan en zonas urbanas y periurbanas. El estado del medio urbano tendrá una influencia directa sobre la calidad de vida. Los impactos medioambientales de las ciudades se dejan sentir mucho más allá de sus límites físicos, ya que dependen fuertemente de las zonas rurales y periurbanas para satisfacer su demanda de alimentos, energía, espacio y recursos, así como para gestionar los residuos que generan” y que “la mayoría de las ciudades se enfrentan a toda una serie de problemas ecológicos comunes de carácter básico”, reconoce que “las políticas e iniciativas de la Unión a favor del desarrollo sostenible en zonas urbanas benefician tanto a los ciudadanos de la Unión que viven en ciudades como en medio rural” y para aumentar la sostenibilidad de las ciudades de la Unión garantiza que, para 2020, “la mayoría de las ciudades de la Unión estén aplicando políticas de ordenación y diseño sostenibles del espacio urbano, incluidos enfoques innovadores para el transporte colectivo urbano y la movilidad, edificios sostenibles, eficiencia energética y conservación de la biodiversidad urbana”. El objetivo prioritario noveno dedicado al nivel internacional<sup>64</sup> reconoce que “garantizar un uso sostenible de los recursos es uno de los desafíos más apremiantes a que se enfrenta el mundo en la actualidad y es fundamental para poner fin a la pobreza y asegurarse un futuro sostenible para el mundo” y explica la necesidad de una cooperación internacional para cumplir los objetivos planteados: “Muchos de los objetivos prioritarios establecidos en el VII PMA sólo podrán realizarse plenamente dentro de un planteamiento global y en cooperación con países socios y países y territorios de ultramar. Por esa razón, la Unión y sus Estados miembros deben participar en los procesos pertinentes a nivel internacional, regional y bilateral de una manera decidida, centrada, unida y coherente”, recogiendo las medidas que debe tomar la Unión para ello, como, por ejemplo, que “la Unión y sus Estados miembros deben participar de manera proactiva en las negociaciones internacionales sobre las cuestiones nuevas y emergentes” o que*

---

<sup>63</sup> VII PMA, Anexo, puntos 90-95.

<sup>64</sup> *Ibidem*, puntos 96-106

*“La Unión debe, además, hacer uso de su posición como uno de los mayores mercados del mundo para promover la adopción de políticas y planteamientos que alivien la presión sobre la base mundial de recursos naturales”*, entre otras.

### **1.2.6. El logro de un nivel de protección elevado.**

El Tratado de Maastricht introdujo este objetivo debido a la presión ejercida por los Estados miembros con ordenamientos más avanzados en la protección ambiental, que temían que al sustituir, en la adopción de normas ambientales, la toma de decisiones por mayoría en lugar de por unanimidad, bajase el nivel en la negociación de imposición de estándares, cuando aspiraban a una protección del medio ambiente de calidad superior.

Dado que se habla de un nivel de protección elevado, pero no especifica el grado preciso de elevación, las instituciones comunitarias disfrutaban de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de decidir cuál es la actuación adecuada a seguir para alcanzar ese nivel. A este respecto el Tribunal de Justicia señaló que *“es sabido que el apartado 2 del art. 130 R TCE exige que la política comunitaria de medio ambiente tenga por objeto un nivel de protección elevado, dicho nivel de protección, para ser compatible con la referida disposición, no es necesario que sea técnicamente el más elevado posible”*<sup>65</sup>.

Se impone una condición a este objetivo: tener presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Con ello se reconoce la heterogeneidad de las regiones que conforman Europa, que son muy diferentes en todos los aspectos: geográfico, orográfico, hidrográfico, cultural, económico, desarrollo... Parece pues, que estamos ante una *“expresión dúctil y adaptable en la práctica según la materia y los protagonistas de que se trate”*<sup>66</sup>, sin olvidar, eso sí, que existe control

---

<sup>65</sup> Sentencias de 14 de julio de 1998, as. C-341/95, Gianni Bettati, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995J0341:ES:HTML> y as. C-284/95, Safety Hi-Tech, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995J0284:ES:HTML>

<sup>66</sup> MARTÍN ARRIBAS, JUAN JOSÉ, *La Unión Europea ante el fenómeno del cambio climático*, (Universidad de Burgos. Servicio de Publicaciones, Burgos, 2005) p. 126.



judicial sobre este propósito, ya que, en esas mismas sentencias, el Tribunal de Justicia reconoció que el art. 130R (actual 191 TFUE) establece unos objetivos, principios y criterios que el legislador comunitario debe respetar en la aplicación de la política de medio ambiente. Este control judicial se limitará a decidir si, al adoptar una determinada medida, se ha incurrido en un error sobre los requisitos impuestos por dicho artículo o si han excedido el margen de discrecionalidad de que gozan.

### **1.3. LOS PRINCIPIOS DE LA POLÍTICA DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE**

Debemos distinguir dos tipos de principios: los generales inspiradores de los Tratados y, por tanto, aplicables también a las políticas que afectan al medio ambiente y los principios que rigen particularmente la acción comunitaria en esta materia.

#### **1.3.1. Los principios generales de subsidiaridad y proporcionalidad**

El **principio de subsidiaridad**<sup>67</sup> se considera eje esencial en el sistema de

---

<sup>67</sup> En el estudio de la teoría política en general -no circunscrito al ámbito de la UE- se considera como la primera gran definición del principio de subsidiaridad la formulación que el Papa XI realiza en el punto 79 de su encíclica “Quadragesimo anno”, al sostener que *“Pues aun siendo verdad, y la historia lo demuestra claramente, que, por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos”*. S.S. Pío XI, *Quadragesimo anno*, (Roma, 15/05/1931) . Años más tarde Sánchez Agesta explicaría más brevemente y con claridad lo que se entiende por este principio al

competencias que tiene atribuida la UE, ya que determina cómo debe la UE ejercer aquellas legítimamente. Como reconoce el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiaridad y de proporcionalidad, “*el principio de subsidiariedad no pone en tela de juicio las competencias conferidas a la Comunidad Europea por el Tratado, conforme las ha interpretado el Tribunal de Justicia, sino que “ofrece una orientación acerca de cómo deben ejercerse esas competencias a nivel comunitario”*”<sup>68</sup>.

Para Martín Arribas<sup>69</sup>, la principal función de este principio consiste en servir de apoyo y referencia a la hora de decidir qué Administración ejerce una determinada competencia compartida y hasta dónde, en una materia y en un momento determinados. Aunque puede encontrarse un cierto precedente en los art. 5 TCECA<sup>70</sup> y 235 TCEE<sup>71</sup>, la

---

enunciar que “sea cual fuere la concepción del bien común, (...) la misión que el poder público asume para su realización tiene sólo un carácter de mediación o servicio para el cumplimiento humano (...) de los valores personales del hombre y se detiene allí donde otros grupos o sociedades cumplan más adecuadamente ese fin. La acción del poder al servicio del bien común es, pues, prestar las condiciones que son necesarias al conjunto de los ciudadanos para su desenvolvimiento (...). *El principio de subsidiariedad concreta este principio precisando que lo que el hombre o una comunidad menor pueden hacer por sí mismos no debe asumirse por una comunidad mayor o más elevada.* La comunidad política comprende los fines y misiones de las comunidades menores, pero los comprende en el modo que corresponde a la realización del bien común; su misión no es realizarlos de una manera inmediata, sino hacerlos posibles; dirigir, fomentar y garantizar la acción de sus miembros y de las comunidades menores, y en su caso suplirlas” (la cursiva es mía para resaltar la idea principal de esta alocución). SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, *Principios de teoría política*, 4ª ed., (Editora Nacional, Madrid, 1972) p. 98. Para un estudio más profundo acerca de este principio en general, *vid.* SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, 'El principio de función subsidiaria', *Revista de estudios políticos*, nº 115-120 (1961). pp. 5 y ss. Y en el ámbito europeo, *vid.* O'LEARY, SIOFRA & FERNÁNDEZ MARTÍN, JOSE Mª, '¿Hacia la Europa de las regiones? El principio de la subsidiaridad, la integración europea y el futuro de las entidades subestatales', *Revista de estudios políticos (Nueva época)*, nº 90 (oct-dic 1995). pp. 299 y ss.; GIL-ROBLES GIL-DELGADO, JOSE Mª, 'El principio de subsidiaridad en la construcción europea', *Cuadernos de la cátedra Fadrique Furió Cerios*, nº 2 (Valencia, 1993). pp. 7 y ss.

<sup>68</sup> Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiaridad y de proporcionalidad, publicado junto al Tratado de Ámsterdam en el DOCE nº C 340 de 10 de noviembre de 1997. Apartado 3.

<sup>69</sup> MARTÍN ARRIBAS, JUAN JOSÉ, *La Unión Europea ante el fenómeno del cambio climático*, (Universidad de Burgos. Servicio de Publicaciones, Burgos, 2005) p. 84.

<sup>70</sup> Art. 5 TCECA: *La Comunidad (...) sólo ejercerá una acción directa sobre la producción y el mercado cuando las circunstancias así lo requieran.*

primera vez que se regula el principio de subsidiaridad en el TCEE fue precisamente por la introducción del Título de Medio Ambiente merced al Acta Única Europea, concretamente en su art. 130 R.4, que disponía que *“la Comunidad actuará, en los asuntos de medio ambiente, en la medida en que los objetivos contemplados en el apartado 1 puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente”*. Pero, cuando queda consagrado el principio que nos ocupa es con el Tratado de Maastricht, al reconocer explícitamente, en su art. 3 b, párr. 2, que: *“En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiaridad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros (...)”* y, más tarde, con el Tratado de Ámsterdam, en concreto, con su Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiaridad y de proporcionalidad. Hoy día, tras el TL, el TUE recoge este principio en su art. 5.1, que establece que *“el ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”*.

Lo primero que hay que dilucidar pues, es qué materias son competencia exclusiva de la UE y cuáles no (el principio de subsidiaridad sólo opera en caso de competencias no exclusivas). Esta cuestión es abordada por el art. 4.2 TFUE<sup>72</sup>, en el que vemos que el medio ambiente (letra e) del citado artículo) es una competencia compartida.

El apartado 5 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiaridad y de proporcionalidad especifica que *“para que la actuación comunitaria esté*

---

<sup>71</sup> Art. 235 TCEE: *Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo (...) adoptará las disposiciones pertinentes.*

<sup>72</sup> Art. 4.2 TFUE: 2. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales: a) el mercado interior; b) la política social, en los aspectos definidos en el presente Tratado; c) la cohesión económica, social y territorial; d) la agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos; e) el medio ambiente; f) la protección de los consumidores; g) los transportes; h) las redes transeuropeas; i) la energía; j) el espacio de libertad, seguridad y justicia; k) los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado.

*justificada, deberán reunirse ambos aspectos del principio de subsidiariedad: que los objetivos de la acción propuesta no pueden ser alcanzados de manera suficiente mediante la actuación de los Estados miembros en el marco de su sistema constitucional nacional y, por consiguiente, pueden lograrse mejor mediante una actuación de la Comunidad*”. Por tanto, una vez determinado que una materia no es competencia exclusiva de la UE, se deberá precisar en qué medida la acción común es necesaria por ser insuficiente la de los Estados miembros. Para ello el propio art. 5 del Protocolo establece las directrices a seguir al estudiar dicha cuestión: si el asunto que se considera presenta aspectos transnacionales que no pueden ser regulados satisfactoriamente mediante la actuación de los Estados miembros; si las actuaciones de los Estados miembros únicamente, o la ausencia de actuación comunitaria entrarían en conflicto con los requisitos del Tratado (tales como la necesidad de corregir distorsiones de la competencia, o evitar restricciones encubiertas del comercio o reforzar la cohesión económica y social), o perjudicarían considerablemente, por algún otro cauce, los intereses de los Estados miembros; y si la actuación comunitaria proporcionaría claros beneficios debido a su escala o a sus efectos en comparación con la actuación a nivel de los Estados miembros. Por tanto, sólo queda justificada la intervención de la UE en los ámbitos competenciales compartidos en aras de una mayor eficacia, como deja claro el apartado 6 del mismo Protocolo, al afirmar que *“la forma de la actuación comunitaria deberá ser lo más sencilla posible, coherente con el logro satisfactorio del objetivo de la medida y con la necesidad de su ejecución eficaz”*.

Así lo reconoce también el TJUE, que en su sentencia de 8 de junio de 2010 explica que *“a este respecto, es preciso recordar que el principio de subsidiariedad se enuncia en el artículo 5 CE, párrafo segundo, y se concreta en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, anexo al Tratado, a tenor del cual la Comunidad intervendrá en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Ese Protocolo establece también en su apartado 5 directrices para determinar si se reúnen esos requisitos*.

*Respecto a los actos legislativos, el citado Protocolo precisa en sus apartados 6*

*y 7 que la Comunidad deberá legislar únicamente en la medida de lo necesario y que las medidas comunitarias deberían dejar un margen tan amplio como sea posible para que las decisiones se tomen a nivel nacional, margen que, no obstante, debe ser compatible con el doble objetivo de que las medidas cumplan su finalidad y de que se respeten los requisitos del Tratado.*

*Su apartado 3 precisa además que el principio de subsidiariedad no pone en tela de juicio las competencias conferidas a la Comunidad Europea por el Tratado, conforme las ha interpretado el Tribunal de Justicia.*

*En cuanto al artículo 95 CE, el Tribunal de Justicia ha afirmado que el principio de subsidiariedad se aplica cuando el legislador comunitario recurre a esa base jurídica, en la medida en que dicha disposición no le concede competencia exclusiva para regular las actividades económicas en el mercado interior [sentencia *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, antes citada, apartado 179]<sup>73</sup>.*

Por otro lado, como explican Lozano Cutanda y Plaza Martín<sup>74</sup>, en el resto de materias la competencia compartida entre la UE y los Estados miembros se arbitra mediante la técnica de la concurrencia. Esto es, los Estados miembros son libres de adoptar su normativa mientras no exista intervención comunitaria, pero una vez que la UE interviene prevalece la normativa de ésta última. En cambio, en materia de medio ambiente, se da un sistema de distribución de competencia, denominado por la doctrina “carácter paralelo”, que consiste en que se trata de una competencia de la que son titulares ambos y, aunque la UE actúe, no cierra la posibilidad de legislar en ese mismo ámbito a los Estados miembros.

En cuanto al **principio de proporcionalidad**<sup>75</sup>, el Protocolo sobre la aplicación

---

<sup>73</sup> STJUE de 8/06/2010, caso Vodafone y otros (redes móviles), (TJCE 2010/168), puntos 72 a 72.

<sup>74</sup> LOZANO CUTANDA, BLANCA & PLAZA MARTÍN, CARMEN, 'La política de medio ambiente', en ENRIQUE LINDE PANIAGUA (ed) *Políticas de la Unión Europea* (Ed. Colex, Madrid, 2007) p. 825.

<sup>75</sup> Explica García Pérez que el principio de proporcionalidad, implantado desde la Ilustración, se manifestó por primera vez en el ámbito del Derecho penal y posteriormente se expandió al Derecho administrativo, a los Derechos Fundamentales, al Derecho procesal y al Derecho comunitario. El

de los principios de subsidiaridad y de proporcionalidad, en su apartado 1, lo define como aquel según el cual “ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado”, conminando a las instituciones a garantizar su respeto. Por su parte, el TUE, en su versión consolidada tras el Tratado de Lisboa, recoge en su art. 5.4 que *“en virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”*.

Este principio no busca, como el anterior, la eficacia, sino una coherencia, una adecuación entre los medios utilizados y los objetivos a conseguir, y que las medidas adoptadas sean las menos restrictivas de entre las alternativas disponibles. Además, tiene por objeto “minimizar la intrusión de la Comunidad en la esfera de los Estados miembros”<sup>76</sup>.

Así lo reconoce el TJUE, que en su sentencia del 21 de diciembre del 2011, al tratar del tema de la protección animal durante su transporte, reconocía que *“por tanto, es preciso comprobar si, a la vista de estos objetivos, tales normas son necesarias y proporcionadas al objetivo principal de protección de los animales durante el transporte perseguido por este Reglamento sin que su aplicación restrinja la libre circulación de mercancías tanto en la importación como en la exportación (véase, por analogía, la sentencia Danske Svineproducenter, antes citada, apartado 43) de forma*

---

principio de proporcionalidad, en sentido amplio, se compone de tres subprincipios: primero, el subprincipio de utilidad o adecuación, que exige que la medida cuestionada sea adecuada para alcanzar el resultado buscado; segundo, el subprincipio de la necesidad o indispensabilidad, que impone que de entre todas las medidas útiles o adecuadas se utilice la menos invasiva, la más moderada; y tercero, el subprincipio de la proporcionalidad en sentido estricto, que requiere que al ponderar los bienes o intereses en conflicto sea mayor el beneficio derivado de la medida a adoptar que el sacrificio sufrido por el derecho de que se trate. GARCÍA PÉREZ, RAFAEL, 'La aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia sobre libre circulación de mercancías del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas', *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 5 (2001). pp. 933-935. Vid. también, PERNAS GARCÍA, JUAN JOSÉ, 'Los principios de la política ambiental comunitaria y la libre circulación de mercancías', *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 5 (2001). pp. 610 y ss.

<sup>76</sup> PLAZA MARTÍN, CARMEN, *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2005) p. 146.

*desproporcionada (véase, por analogía, la sentencia de 25 de febrero de 2010, Müller Fleisch, C-562/08, Rec. p. I-1391, apartados 38 y 42)”<sup>77</sup>.*

Por lo tanto, el principio de subsidiaridad se utiliza exclusivamente cuando se trata de competencias compartidas entre la UE y los Estados miembros, mientras que el de proporcionalidad ha de respetarse en el ejercicio de cualquier tipo de competencia.

### **1.3.2. Los principios específicos de la política ambiental de la UE**

Los principios específicos de la política ambiental de la UE, recogidos en el art. 191.2 TFUE, remarcados en el art. 2.1 del VI PMA<sup>78</sup> más recientemente, ratificados en el art. 2 del VII PMA<sup>79</sup>, son los siguientes: principios de cautela y de acción preventiva, principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga.

#### ***1.3.2.1. Principios de cautela y de acción preventiva*<sup>80</sup>**

Podríamos definir de forma clara y sencilla el principio de acción preventiva acudiendo al refranero español, pues viene a significar que “más vale prevenir que curar” o, en palabras de Martínez Sánchez, que “la prevención es la acción de evitar que el daño ambiental llegue a producirse”<sup>81</sup>. La Directiva sobre responsabilidad

---

<sup>77</sup> STJUE de 21/12/2011, caso Danske svinproducenter, (TJCE 2011/426), punto 55.

<sup>78</sup> DOCE L 242, de 10/09/2002. Pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:242:0001:0015:ES:PDF>

<sup>79</sup> Art. 2 VII PMA: “El VII PMA se basará en el principio de cautela, en los principios de acción preventiva, de corrección de la contaminación en su origen y de que quien contamina paga”.

<sup>80</sup> Sobre estos principios en el Derecho ambiental en general y no exclusivamente circunscritos al ámbito europeo, *vid.* SANZ BAOS, PALOMA, 'Los principios de prevención y cautela en el Derecho ambiental', *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 19 (01/07/2004).

<sup>81</sup> MARTÍNEZ SÁNCHEZ, JOSÉ M<sup>a</sup>, 'Aspectos económicos de la política del medio ambiente en la Unión Europea', en ISABEL VEGA MOCOROA (ed) *La integración económica europea* (Lex Nova, Valladolid, 1998) p. 526.

medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales<sup>82</sup>, en su art. 5.1, explica en qué consiste, al disponer que *“Cuando aún no se hayan producido los daños medioambientales pero exista una amenaza inminente de que se produzcan, el operador adoptará, sin demora, las medidas preventivas necesarias”*. Es decir, lo que este principio significa es que la UE debe y puede tomar medidas de protección medioambiental antes de que se produzca un daño al mismo, simplemente porque exista un riesgo de que ello puede ocurrir sin que puedan esgrimirse en su contra los principios de subsidiaridad o de proporcionalidad<sup>83</sup>. Así lo reconoce el punto 3 de la Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución al señalar que *“el principio de precaución no está definido en el Tratado, que sólo lo menciona una vez, para la protección del medio ambiente, pero, en la práctica, su ámbito de aplicación es mucho más vasto, y especialmente cuando la evaluación científica preliminar objetiva indica que hay motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal puedan ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido para la Comunidad”*<sup>84</sup>. La Directiva 2004/35, antes citada, en su art. 5.2 recoge cómo se debe actuar para dar cumplimiento al principio que nos ocupa decretando que *“Los Estados miembros dispondrán que, cuando resulte oportuno y, en cualquier caso, cuando no desaparezca la amenaza inminente de que se produzca daño medioambiental pese a las medidas preventivas adoptadas por el operador, los operadores comuniquen lo antes posible todos los aspectos pertinentes de la situación a la autoridad competente”*. Y, el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer destaca su importancia práctica al afirmar que *“la práctica actual tiende (...) a aplicar el principio de precaución (o de cautela y de acción preventiva, en la terminología del artículo 174 CE, apartado 2), allí donde los datos científicos disponibles no permitan una evaluación completa del riesgo, con objeto de alcanzar, así, un nivel elevado de*

---

<sup>82</sup> Directiva 2004/35, de 21/04/2004. DOUE L143, de 30/04/2004. Pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:143:0056:0075:es:PDF>

<sup>83</sup> Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, RICARDO, *La dimensión económica del desarrollo sostenible*, (Editorial Club Universitario, Alicante, 2011) pp. 266-267. FERNÁNDEZ GARCÍA, RICARDO, *Principales obligaciones medioambientales para la pequeña y mediana empresa*, (Editorial Club Universitario, Alicante, 2006) p. 14.

<sup>84</sup> COM (2000) 1 final, adoptada en Bruselas el 2.2.2000. Pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0001:FIN:ES:PDF>



*protección del medio ambiente y de la salud humana, animal o vegetal*<sup>85</sup>.

Una de las mayores dificultades que presenta este principio es su potencial extensión, y es que, llevado al extremo, impediría el desarrollo económico y gran parte de la actividad económica, por lo que se hace necesaria una ponderación entre ambos factores: la prevención y el desarrollo económico-industrial, para lograr ese difícil equilibrio<sup>86</sup>. Este principio genera la aplicación de una serie de medidas, entre las que podemos citar como más eficaces, la necesidad de autorizaciones para actividades industriales contaminantes y de evaluaciones y estudios de impactos ambientales<sup>87</sup>.

Este principio se ve reforzado por el de cautela, introducido por el Tratado de Maastricht<sup>88</sup> para superar las limitaciones de aquel. El principio de cautela permite que pueda actuarse para reducir, eliminar o evitar un posible riesgo *sin* necesidad de que exista una plena certeza científica de que un determinado fenómeno, actividad o producto van a producir dicho riesgo. Es decir, un mero indicio (basado siempre en una evaluación científica) de la posibilidad de generación de una lesión al medio ambiente será suficiente. A este respecto, la Comunicación antes mencionada (COM (2000)1 final) reconoce, en su apartado 5, que “*juzgar cuál es el nivel de riesgo «aceptable» para la sociedad es una responsabilidad eminentemente política*” y que las iniciativas a adoptar son muy numerosas.

---

<sup>85</sup> Conclusiones del Abogado General, Sr. D. Dámaso Ruíz-Jarabo Colomer, presentadas el 6/05/2003 en el asunto C-182/02, *Ligue pour la protection des oiseaux sauvages*, punto 34. Pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002CC0182:ES:PDF> . También se recogen estos principios en la más actual jurisprudencia, como, por ejemplo: STJUE de 11/04/2013, caso Sweetman y otros, (TJCE 2013/249), y en la STJUE de 09/03/2010, caso ERG (TJCE 2010/69).

<sup>86</sup> MARTÍNEZ SÁNCHEZ, JOSÉ M<sup>a</sup>, 'Aspectos económicos de la política del medio ambiente en la Unión Europea', en ISABEL VEGA MOCOROA (ed) *La integración económica europea* (Lex Nova, Valladolid, 1998) p. 526.

<sup>87</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, RICARDO, *La dimensión económica del desarrollo sostenible*, (Editorial Club Universitario, Alicante, 2011) p. 266. FERNÁNDEZ GARCÍA, RICARDO, *Principales obligaciones medioambientales para la pequeña y mediana empresa*, (Editorial Club Universitario, Alicante, 2006) p. 14.

<sup>88</sup> El principio de acción preventiva ya había sido reconocido en el art. 130R, párr. 2 del AUE. El de cautela se introdujo a través del art. 174, párr. 2 del Tratado de Maastricht.

Para Pernas García, éste es el más importante principio de acción “si tenemos en cuenta la elevada incertidumbre científica sobre cuestiones fundamentales que afectan a la salud humana y a la alteración de las condiciones físico-naturales esenciales para la vida”<sup>89</sup>.

La importancia de este principio quedó subrayada en el Consejo Europeo de Niza, donde se adoptó una Resolución sobre el recurso al principio de cautela<sup>90</sup>, en la que se establecen las directrices para la aplicación de dicho principio (punto 7 de la Resolución: “*se debe recurrir al principio de cautela cuando se determine la posibilidad de efectos nocivos para la salud o el medio ambiente y una evaluación científica preliminar, a tenor de los datos disponibles, no permita establecer con certeza el nivel de riesgo*”) y lo reconocen como principio de Derecho internacional, no sólo aplicable en el seno de la UE, en los ámbitos de la protección de la salud y del medio ambiente (puntos 2 y 3 de la Resolución).

Estos principios conminan a una actuación proactiva y no meramente reactiva hacia el medio ambiente, ya que, como reconoció Felipe Calderón, Presidente de México, con ocasión de la Cumbre de Cancún (COP 16) en diciembre de 2010, “invertir para **combatir el cambio climático es económicamente viable y rentable**”. Este mandatario dejó claro que el costo de los efectos que tiene este fenómeno es más alto que el de las acciones para enfrentarlo: “El costo por los efectos del cambio climático equivale a un porcentaje de entre el 5 y el 20% del PIB mundial”, estimó<sup>91</sup>.

Por tanto, las políticas ambientales de la Unión Europea deben ir dirigidas a adoptar medidas de protección *antes* de que se haya producido un daño, siempre que se presuma que éste puede llegar a tener lugar, utilizando la reparación del daño como

---

<sup>89</sup> PERNAS GARCÍA, JUAN JOSÉ, 'Los principios de la política ambiental comunitaria y la libre circulación de mercancías', *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 5 (2001). p. 605

<sup>90</sup> Resolución del Consejo Europeo sobre el Principio de Cautela, adoptado por el Consejo Europeo de Niza, celebrado del 7 al 9 de diciembre de 2000, Anexo III. [http://www.europarl.europa.eu/summits/nice2\\_es.htm#an3](http://www.europarl.europa.eu/summits/nice2_es.htm#an3)

<sup>91</sup> UGARTE, JESÚS, Rentable, invertir en el medio ambiente, en CNN EXPANSIÓN.COM, 5/12/2010. <http://www.cnnexpansion.com/economia/2010/12/05/rentable-invertir-en-medio-ambiente>. Visitado el 01/03/2014.

último recurso disponible.

Dado que, desde un punto de vista jurídico, el principio de cautela y acción preventiva significa que la carga de la prueba se invierte y, para la adopción de normativa o el establecimiento de responsabilidades, se acepta como válida la tesis científica más probable<sup>92</sup>, el cuándo y cómo de la utilización de este principio dio lugar a intensos debates, por lo que la propia Comisión adoptó la Comunicación antes mencionada<sup>93</sup> en la que explicaba y enunciaba las directrices necesarias para ello. Según esta Comunicación, deberá aplicarse este principio cuando la evaluación científica preliminar objetiva indica que existen motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente puedan ser incompatibles con el alto nivel de protección defendido por la UE. Explica que el principio de precaución atañe especialmente a la gestión del riesgo y que su aplicación debe basarse en una evaluación científica, lo más completa posible, debiendo tenerse en cuenta que las decisiones de actuar o no en virtud de este principio han de ir precedidas de una evaluación del riesgo y sus potenciales efectos y de que el procedimiento habrá de ser lo más transparente posible, de forma que todas las partes interesadas puedan tener la posibilidad de participar en estudio de las acciones que puedan preverse.

Martín Arribas destaca la importancia de estos principios al señalar que “todos los instrumentos internacionales, que inciden en el reto del cambio climático y en los cuales la UE es Parte signataria, incluyen y se inspiran en estos principios”<sup>94</sup>.

### ***1.3.2.2. El principio de corrección de los atentados al medio ambiente preferentemente en la fuente misma.***

Significa este principio que, desde el primer momento que se tiene conocimiento

---

<sup>92</sup> MARTÍNEZ SÁNCHEZ, JOSÉ M<sup>a</sup>, 'Aspectos económicos de la política del medio ambiente en la Unión Europea', en ISABEL VEGA MOCOROA (ed) *La integración económica europea* (Lex Nova, Valladolid, 1998) p. 526.

<sup>93</sup> Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución COM (2000) 1 final.

<sup>94</sup> MARTÍN ARRIBAS, JUAN JOSÉ, *La Unión Europea ante el fenómeno del cambio climático*, (Universidad de Burgos. Servicio de Publicaciones, Burgos, 2005) p. 104.

de que se ha producido un daño ambiental, lo que hay que hacer es actuar rápidamente para intentar solucionarlo (corrección) cuanto antes y especifica que, en la medida de lo posible (preferentemente) se habrá de actuar en el lugar donde se origina ese daño para evitar su propagación. Es decir, este principio fundamenta e inspira cualquier actuación para aminorar o eliminar las contaminaciones ambientales y la degradación de recursos naturales, incide en las causas de contaminación y en la gestión de los riesgos y prioriza las actuaciones que se apliquen en el punto mismo donde se producen las causas que originan los perjuicios ambientales<sup>95</sup>.

Se trata de un segundo escalón en la protección ambiental pues se acudirá a este principio en el caso de que los principios de prevención y cautela hubiesen fallado, debiendo aplicarse, entonces, el remedio lo antes posible para paliar, en lo posible, el daño producido al medio ambiente.

Podemos relacionar este principio con el art. 6.1. de la Directiva 2004/35, según el cual, *“Cuando se hayan producido daños medioambientales, el operador informará sin demora a la autoridad competente de todos los aspectos pertinentes de la situación y adoptará: a) todas las medidas posibles para, de forma inmediata, controlar, contener, eliminar o hacer frente de otra manera a los contaminantes de que se trate y a cualesquiera otros factores perjudiciales, con objeto de limitar o impedir mayores daños medioambientales y efectos adversos para la salud humana o mayores daños en los servicios, y las medidas reparadoras necesarias de conformidad con el art. 7”*. Artículo que es explicado por el TJUE en el punto 46 de su sentencia de 9 de marzo de 2010 (caso ERG), de la siguiente manera: *“En el sistema de los artículos 6 y 7 de la Directiva 2004/35 compete, en principio, al operador que se encuentra en el origen del daño medioambiental adoptar la iniciativa de proponer las medidas reparadoras que considere adecuadas a la situación. Habida cuenta del conocimiento que se supone tiene el operador en lo relativo a la naturaleza del daño causado al medio ambiente por su actividad, tal sistema puede permitir la rápida determinación y la ejecución de medidas reparadoras del medio ambiente adecuadas”*.

---

<sup>95</sup> MARTÍN ARRIBAS, JUAN JOSÉ, *La Unión Europea ante el fenómeno del cambio climático*, (Universidad de Burgos. Servicio de Publicaciones, Burgos, 2005) p. 105.

“Preferentemente en la fuente misma” supone que ese daño que no se pudo evitar se deberá corregir en el lugar donde se hizo patente. Este principio debe entenderse en un doble sentido de tiempo y lugar<sup>96</sup>. Por un lado, de lugar, porque por “fuente” ha de entenderse, el foco donde se ha producido el daño y que la corrección ha de llevarse a cabo lo más cerca posible de ese foco, siendo allí donde debe zanjarse -y no donde cause sus efectos nocivos ya que éstos pueden tener lugar a muchos kilómetros de allí-. Debe actuarse en la fuente porque así se evitarán “los efectos en cascada, acumulativos y la interacción sinérgica entre los diferentes contaminantes, que pueden provocar graves efectos sobre el medio ambiente y que obligan a la asunción de políticas y acciones correctivas económica y ecológicamente ineficientes”<sup>97</sup>. Todo esto implica que “los esfuerzos técnicos, económicos, políticos y, de otro tipo han de dar prioridad a introducir las oportunas correcciones en el origen de los problemas ambientales más que sobre las consecuencias que éstos podrían, en su caso producir”<sup>98</sup>. Además con la aplicación de este principio se evitarían también las posibles transferencias contaminantes a otros territorios de la Unión.

Por otro lado, de tiempo, porque este principio hace referencia también “al tiempo, al momento en que ha de intentarse dar solución a ese deterioro que ya se ha producido”. Esta última cuestión, la inmediatez en el tiempo, implica que cuanto antes se enmiende el fallo en el núcleo del atentado al medio ambiente menos posibilidades habrá de que el daño sea mayor, es decir, el principio de corrección, entendido como inmediación y rapidez en la respuesta, supone la prevención de un hipotético deterioro mayor<sup>99</sup>. Así lo explica el propio TJUE en su STJCE de 9/07/2007, caso Comisión

---

<sup>96</sup> DELGADO GIL, ANDRÉS & BORGIA SORROSAL, SOFÍA, 'La competencia comunitaria en materia de medio ambiente: reflexiones sobre los artículos 2, 3, 6 y 174 del Tratado CE.', *Derecho.com*. <http://www.derecho.com/articulos/2004/02/01/la-competencia-comunitaria-en-materia-de-medio-ambiente-reflexiones-sobre-los-art-culos-2-3-6-y-174-del-tratado-ce/> , (01/02/2004). Visitada el 01/03/2014.

<sup>97</sup> PERNAS GARCÍA, JUAN JOSÉ, 'Los principios de la política ambiental comunitaria y la libre circulación de mercancías', *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 5 (2001). p. 608

<sup>98</sup> MARTÍN ARRIBAS, JUAN JOSÉ, *La Unión Europea ante el fenómeno del cambio climático*, (Universidad de Burgos. Servicio de Publicaciones, Burgos, 2005) p. 106.

<sup>99</sup> DELGADO GIL, ANDRÉS & BORGIA SORROSAL, SOFÍA, 'La competencia comunitaria en materia de medio ambiente: reflexiones sobre los artículos 2, 3, 6 y 174 del Tratado CE.', *Derecho.com*. <http://www.derecho.com/articulos/2004/02/01/la-competencia-comunitaria-en-materia-de-medio-ambiente-reflexiones-sobre-los-art-culos-2-3-6-y-174-del-tratado-ce/>

contra Reino de Bélgica (TJCE 1992/140) al explicar en su apdo. 35 que “*este principio concuerda con los principios de autosuficiencia y de proximidad, establecidos en el Convenio de Basilea, de 22 de marzo de 1989, sobre el control de los movimientos transfronterizos de residuos peligrosos y su eliminación, que ha sido suscrito por la Comunidad (International environmental Law, Kluwer, Deventer-Boston, 1991, p. 546)*”.

El Anexo II de la Directiva 2004/35 establece el marco común a seguir para elegir las medidas más adecuadas para garantizar la reparación del daño ambiental, distinguiendo entre las medidas que deberán elegirse para la reparación de daños a las aguas o a las especies y hábitats naturales protegidos y las que servirán para la reparación de daños al suelo. En el primer caso (aguas y especies/hábitats naturales protegidos) recoge tres tipos de medidas reparadoras: primarias *-toda medida reparadora que restituya o aproxime los recursos naturales y/o servicios dañados a su estado básico*, cuya finalidad es *restituir o aproximar los recursos naturales y/o servicios dañados a su estado básico*-, complementarias *-toda medida reparadora adoptada en relación con los recursos naturales y/o servicios para compensar el hecho de que la reparación primaria no haya dado lugar a la plena restitución de los recursos naturales y/o servicios—inclusive, si procede, en un paraje alternativo— similar al que se habría proporcionado si el paraje dañado se hubiera restituido a su estado básico*. En la medida en que sea posible y adecuado, el paraje alternativo deberá estar vinculado geográficamente al paraje dañado, teniendo en cuenta los intereses de la población afectada-, y compensatorias *-toda acción adoptada para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales y/o servicios que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto, con el fin de compensar la pérdida provisional de recursos naturales y servicios durante la recuperación*. Esta reparación compensatoria consiste en *aportar mejoras adicionales a las especies y hábitats naturales protegidos o a las aguas, ya sea en el paraje dañado o en un paraje alternativo, y no en compensar económicamente al público*-. En el segundo supuesto (daños al suelo), se obliga a la

adopción de *“las medidas necesarias para garantizar, como mínimo, que se eliminen, controlen, contengan o reduzcan los contaminantes de que se trate de modo que el suelo contaminado, habida cuenta de su uso actual o su futuro uso planificado en el momento del daño, deje de suponer un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana. La presencia de tales riesgos se evaluará mediante procedimientos de evaluación del riesgo que tengan en cuenta las características y función de la tierra, el tipo y la concentración de las sustancias, preparados, organismos o microorganismos nocivos, su riesgo y sus posibilidades de propagación. El uso se determinará en función de la normativa de ordenación del territorio o, en su caso, de otra normativa pertinente que estuviera vigente en el momento de producirse el daño. Si cambia el uso del suelo, se adoptarán todas las medidas necesarias para impedir cualquier efecto adverso para la salud humana. Si no existe normativa de ordenación del territorio u otra normativa pertinente, será la naturaleza de la zona correspondiente en que se haya producido el daño, habida cuenta de sus expectativas de desarrollo, la que determinará el uso de dicha zona. Se estudiará la posibilidad de optar por una recuperación natural, es decir, sin ninguna intervención directa del ser humano en el proceso de recuperación”*.

Este principio ha sido invocado por el Tribunal de Justicia, por ejemplo, para limitar la libre circulación de residuos al considerar que son peligrosos para el medio ambiente <sup>100</sup>. Y es que, como explica Martín Arribas, en el origen de la institucionalización de este principio “pesaron, *de facto*, muchas de las contaminaciones producidas mediante diversos tipos de residuos”, como, por ejemplo, el accidente que tuvo lugar el año 1976 en Seveso (Italia) que sacó a relucir un tráfico ilícito intraeuropeo de residuos <sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> STJCE de 9/07/2007, caso Comisión contra Reino de Bélgica (TJCE 1992/140), apdo. 34. Y más recientemente, *vid.* STJUE de 9/03/2010, caso ERG (TJCE 2010/69) apdos. 46 y ss. STJCE de 8/11/2007, caso Stadtgemeinde Frohnleiten, Gemeindebetriebe Frohnleiten GmbH (TJCE 2007/308), apdos. 61 y ss. y STJCE de 23/05/2000, caso Entreprenorforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD), (TJCE 2000/105), apdos. 48 y 50, en los que *a sensu contrario* admite el transporte de sustancias que no se consideran perjudiciales para el medio ambiente.

<sup>101</sup> MARTÍN ARRIBAS, JUAN JOSÉ, *La Unión Europea ante el fenómeno del cambio climático*, (Universidad de Burgos. Servicio de Publicaciones, Burgos, 2005) p. 105 y nota 277.

### ***1.3.2.3. El principio “quien contamina paga”.***

Este principio, que constituye el tercer y último peldaño en la escala de la protección ambiental y que fue incorporado a la legislación comunitaria gracias al art. 130 R.2 AUE, inspira la totalidad de la política medioambiental de la UE y ya se afirmó en el Primer Programa de Acción Ambiental. Significa que los gastos de reparación o atenuación del daño ocasionado por la actuación contaminante de una persona -natural o jurídica- han de correr de su cuenta y no ser sufragados por fondos públicos de suerte que, en este último caso, recaigan sobre el conjunto de la sociedad.

La Directiva 2004/35 reconoce este principio al dictaminar, en su art. 8, que “1. *El operador sufragará los costes*<sup>102</sup> *ocasionados por las acciones preventivas y reparadoras adoptadas en virtud de la presente Directiva.* 2. (...) *la autoridad competente –entre otras cosas mediante el embargo de bienes inmuebles u otras garantías adecuadas- recuperará del operador que haya causado los daños o la amenaza inminente de esos daños, los costes que le haya supuesto la adopción de acciones preventivas o reparadoras en virtud de la presente Directiva*”. El punto 3º del citado artículo, establece las excepciones: cuando el operador “*pueda demostrar que los daños medioambientales o la amenaza inminente de que se produzcan tales daños: a) fueron causadas por un tercero, habiéndose producido a pesar de existir medidas de seguridad adecuadas; o b) se produjeron como consecuencia del cumplimiento de una orden o instrucción obligatoria cursada por una autoridad pública, salvo las órdenes o instrucciones subsiguientes a una emisión o incidente generados por las propias actividades del operador*”. De igual manera, la Directiva 2000/60<sup>103</sup>, circunscrita al

---

<sup>102</sup> Por “costes” se entenderán “los costes justificados por la necesidad de garantizar una aplicación adecuada y eficaz de la presente Directiva, incluidos los costes de evaluación de los daños medioambientales, de evaluación de una amenaza inminente de tales daños y de las opciones de actuación posibles, así como los costes administrativos, jurídicos y de ejecución, los costes de la recopilación de datos y otros costes generales, y los costes de seguimiento y supervisión”. Art. 2.16 de la Directiva 2004/35.

<sup>103</sup> Directiva 2000/60, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. DOUE L 327/1, de 22/12/2000. Pág. web UE: <http://www.boe.es/doue/2000/327/L00001-00073.pdf>



entorno de las aguas, establece en su art. 9.1 que “*los Estados miembros tendrán en cuenta el principio de la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos, a la vista del análisis económico efectuado con arreglo al anexo III, y en particular de conformidad con el principio de que quien contamina paga*”<sup>104</sup>.

El principio “quien contamina paga” no ha de interpretarse, como pudiera parecer de su dicción literal, como un principio meramente sancionador, sino que lo que en realidad persigue es desincentivar la realización de actividades y conductas dañosas para el medio ambiente<sup>105</sup>. Tampoco ha de interpretarse como posibilidad de escape, mediante el pago de una cantidad, en los supuestos en que a las empresas les resulta más rentable y contaminar y pagar una multa que actuar con criterios respetuosos con el medio ambiente, corriéndose el riesgo, con ello, de que el principio “quien contamina paga” se convierta en “quien puede pagar contamina”, riesgo que debe evitarse a toda costa<sup>106</sup>.

Para una correcta aplicación de este principio debe establecerse una regulación uniforme de todos los actos que hayan de ser tenidos en cuenta para la valoración de un posible menoscabo medioambiental pues, de lo contrario, podría crearse una situación de desigualdad. Así lo ha entendido el TJUE al proclamar en su sentencia C-444/00<sup>107</sup> que “*dado que todos los operadores que intervienen en la producción, la utilización, la importación y la distribución de los envases y de los productos envasados deben asumir la responsabilidad que les incumbe en aplicación del principio «quien contamina paga»*”

---

<sup>104</sup> La jurisprudencia también ha recogido este principio, *vid.*, entre otras, STJUE C-297/08 de 9/03/2010, caso ERG (TJCE 2010/69), STJCE C-254/08, de 16/07/2009, caso Futura Inmobiliaria (TJCE 2009/232) y STJCE C-188/07, de 24/06/2008, caso Commune de Mesquer contra Total France (TJCE 2008/140).

<sup>105</sup> PERNAS GARCÍA, JUAN JOSÉ, 'Los principios de la política ambiental comunitaria y la libre circulación de mercancías', *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 5 (2001). p. 108.

<sup>106</sup> MARTÍNEZ SÁNCHEZ, JOSÉ M<sup>a</sup>, 'Aspectos económicos de la política del medio ambiente en la Unión Europea', en ISABEL VEGA MOCOROA (ed) *La integración económica europea* (Lex Nova, Valladolid, 1998) p. 528.

<sup>107</sup> STJCE de 19 de junio de 2003, Caso The Queen, a instancia de Mayer Parry Recycling Ltd. y Environment Agency, Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions, apdo. 79. Pág. Web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000CJ0444:ES:PDF>

*(véase el vigésimonoveno considerando de la Directiva 94/62), es preciso que el concepto de reciclado se aplique de manera uniforme a fin de que dichos operadores se encuentren en una situación de igualdad en el mercado interior por lo que se refiere a la competencia”.*

Sin embargo, este principio parece difícil de aplicar ya que, por un lado, podría, al final, recaer sobre los consumidores, pues las empresas contaminantes pueden optar por repercutir en éstos aquellos costes aumentando los precios de sus productos y, por otro, porque en muchas ocasiones resulta complicado determinar qué persona es responsable. Es por ello que el Quinto Programa de Acción Ambiental propuso el uso de determinados instrumentos económicos y fiscales para fijar correctamente los precios y generar unos incentivos basados en el comportamiento respetuoso con el medio ambiente, a través del pago *a priori* por los potenciales contaminantes de una tasa o impuesto (“ecoimpuesto”<sup>108</sup>). Si bien, según Martín Arribas, con esta medida no se atacaría la contaminación propiamente dicha sino se trata de una medida de carácter económico que para impulsar la introducción de tecnologías más limpias y modos de producción más respetuosos con el medio ambiente<sup>109</sup>.

Aunque este principio parece que no permitiría el apoyo público para financiar medidas de protección del medio ambiente, es cierto que están aceptadas una serie de ayudas y subvenciones para las empresas que quieran adaptarse a la normativa de protección del medio ambiente y que constituyen un importante instrumento de la política ambiental de la UE (pensemos, por ejemplo, en el caso de las pequeñas y medianas empresas cuyo presupuesto nos les permita comprar ni usar ese tipo de tecnología o en las empresas fundadas antes de la legislación ambiental que tendrían que invertir mucho más dinero en adaptarse a estos nuevos métodos que las que se implanten al amparo de dicha legislación). Podemos citar, entre otras, la existencia de

---

<sup>108</sup> Los ecoimpuestos fueron definidos como “*impuestos específicos armonizados que recaen sobre los usuarios de productos contaminantes cuyo establecimiento responde a las exigencias del principio de que quien contamina paga*”, por el Abogado General Sr. D. Philippe Léger en sus conclusiones presentadas el 16 de mayo de 2000, caso del Reino de España contra el Consejo de la UE, (as. C36/98), apdo. 94. Pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998CC0036:ES:PDF>

<sup>109</sup> MARTÍN ARRIBAS, JUAN JOSÉ, *La Unión Europea ante el fenómeno del cambio climático*, (Universidad de Burgos. Servicio de Publicaciones, Burgos, 2005) p. 111.

programas a los que las empresas pueden acogerse para financiar las mejoras necesarias para adaptarse a la política ambiental de la UE (como el programa LIFE+<sup>110</sup>) o las ayudas económicas a las autoridades nacionales y locales para la construcción de infraestructuras que permitan un mayor respeto al medio ambiente y cuyos gastos no hubieran podido ser cubiertos por éstos.

A este respecto, el art. 191.5 TFUE reconoce que *“sin perjuicio del principio de quien contamina paga, cuando una medida adoptada con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 implique costes que se consideren desproporcionados para las autoridades públicas de un Estado miembro, dicha medida establecerá las disposiciones adecuadas en forma de: excepciones de carácter temporal [y] apoyo financiero con cargo al Fondo de Cohesión creado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177, o ambas posibilidades”*.

Por otra parte, y al margen de las consideraciones anteriores, la aplicación del principio “quien contamina paga” exige el establecimiento de un régimen de responsabilidad para el caso de incumplimientos de la normativa ambiental al que me referiré en capítulos posteriores.

### **1.3.3. El principio de integración.**

No quisiera acabar este capítulo sin hacer referencia, de manera muy somera, al “principio de integración”, necesario para lograr una protección ambiental efectiva y que requiere que la protección al medio ambiente esté presente en cualquier política o

---

<sup>110</sup> En 1992, se creó el Instrumento Financiero para el Medio Ambiente “LIFE” -actualmente denominado LIFE+ - que, mediante sus tres ámbitos temáticos, “Medio ambiente”, “Naturaleza” y “Terceros países”, está contribuyendo al impulso y aplicación de la política y legislación comunitarias en materia de medio ambiente, así como a la integración de la protección del medio ambiente en las demás políticas comunitarias para fomentar el desarrollo sostenible. Por ejemplo, sólo en la década comprendida entre 1992 y 2002, el instrumento financiero LIFE subvencionó en el conjunto de la UE 2.060 proyectos en sus tres ámbitos temáticos. *Vid.* PROYECTOS MEDIOAMBIENTALES S.A. (PROYMASA), *Programa LIFE - Medio Ambiente de la Unión Europea. Acciones financiadas en España*, (Centro de Publicaciones, Secretaria General Técnica, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2003) p. 3.

actuación de la UE.

Este principio se introdujo con el Acta Única Europea en el art. 130R, dentro del recién estrenado Título dedicado al “Medio Ambiente”, fue ganando preponderancia y, con la modificación del Tratado de Ámsterdam, fue “ascendido” a principio general a través de su traslado al art. 6 TCE. Hoy día, como tal principio general del Derecho de la Unión Europea, está recogido, dentro del Título “Disposiciones generales”, en el art. 11 TFUE, que dispone que *“las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”*.

Sólo añadiremos que se considera un principio que impone obligaciones jurídicas<sup>111</sup> y que fue a través del denominado “proceso de Cardiff”<sup>112</sup>, a partir del Tratado de Ámsterdam, cuando se tomaron una serie de iniciativas para hacer efectivo este principio mediante la revisión de todas las políticas comunitarias, a fin de hacerlas compatibles con el objetivo de lograr un desarrollo sostenible, pues, como señala Pernas García, “este principio supone una apuesta por la sostenibilidad. El paso de un modelo de desarrollo productivista clásico de la política ambiental comunitaria; a un modelo de desarrollo sostenible, en donde todas políticas y actuaciones sectoriales integran las preocupaciones ambientales como un elemento más en la toma de decisiones”. Sin embargo, este autor muestra su escepticismo sobre la efectividad práctica del principio al señalar que “en la actualidad, podemos afirmar que los mayores logros alcanzados, en este sentido, han sido puramente conceptuales, y que la plasmación real de este principio será tan larga como el camino hacia la sostenibilidad”<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> PLAZA MARTÍN, CARMEN, *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2005) p. 182.

<sup>112</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de 27 de mayo de 1998, “Colaboración para la integración”. Una estrategia para la integración del medio ambiente en las políticas de la Unión Europea (Cardiff, junio de 1998) [COM (1998)333, no publicada en el Diario Oficial]. Seis años después, el 1 de junio de 2004, la Comisión presentó un trabajo con el balance del proceso Cardiff: titulado “Integración del medio ambiente en las políticas de la Unión Europea – balance del proceso de Cardiff” [COM (2004) 394 final], DOUE C 49 de 28.2.2006].

<sup>113</sup> PERNAS GARCÍA, JUAN JOSÉ, 'Los principios de la política ambiental comunitaria y la libre circulación de mercancías', *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 5 (2001). p. 602

## 1.4. EL PROTOCOLO DE KIOTO

### 1.4.1. El Protocolo de Kioto en el seno de las Naciones Unidas

El protocolo de Kioto, sucesor de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (Nueva York, 1992), es uno de los instrumentos jurídicos internacionales más importantes destinados a luchar contra el cambio climático. Contiene los compromisos asumidos por los países industrializados de reducir sus emisiones de algunos gases de efecto invernadero, responsables del calentamiento global. Las emisiones totales de los países desarrollados debían reducirse durante el período 2008-2012 al menos en un 5% respecto a los niveles de 1990<sup>114</sup>.

En diciembre de 1997, se reunieron en Kioto (Japón) 125 países en la Tercera Conferencia de las Partes del Convenio Marco sobre Cambio Climático. De esa reunión surge un protocolo cuyo objetivo es intentar rebajar los niveles de emisión de los seis gases catalogados como causantes del efecto invernadero: Dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), metano (CH<sub>4</sub>), óxido nitroso (N<sub>2</sub>O), hidrofluorocarbonos (HFC), perfluorocarbonos (PHC) y hexafluoruro de azufre (SF<sub>6</sub>). En concreto, se fijó que los niveles de emisión debían estar un 5,2% por debajo de los niveles existentes en el año 1990 para tres de ellos (CO<sub>2</sub>, CH<sub>4</sub> y N<sub>2</sub>O), pudiendo utilizar el año 1995 como año base para los otros tres gases (HFC, PFC y SF<sub>6</sub>)<sup>115</sup>. La reducción tendría que hacerse efectiva en el periodo 2008-2010. No se ocupa de los clorurofluorocarbonos (CFC), causantes de la degradación de la capa de ozono, pues constituyen objeto del Protocolo de Montreal de 1987, fruto del Convenio de Viena de protección de la capa de ozono, de 1985<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> Portal web de la Unión Europea:

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/environment/tackling\\_climate\\_change/128060\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/environment/tackling_climate_change/128060_es.htm) Visitado el 01/03/2014.

<sup>115</sup> Art. 3 apartados 7 y 8 del Protocolo de Kioto.

<sup>116</sup> Art. 2 del Protocolo de Kioto y AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, JUAN MANUEL, 'Implicaciones jurídicas del Protocolo de Kioto', *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, 14-15 (2006).

El propio Protocolo de Kioto requería para poder entrar en vigor, su ratificación por al menos 55 Estados Partes de la Convención de Nueva York, que sumaran el 55% del total de las emisiones de dióxido de carbono de las Partes del anexo I correspondiente a 1990<sup>117</sup>, entrada en vigor que se vio complicada y retardada fundamentalmente por la no ratificación de EEUU -causante del 36% de las emisiones en 1990 del Anexo I del y 24% de las emisiones mundiales<sup>118</sup>-, Australia, Canadá, Nueva Zelanda o Japón, entre otros, y la ambigüedad mantenida por Rusia. En 2002, se produce un cambio de opinión y, además de la Unión Europea (responsable del 22% de las emisiones del anexo I y 15,3% de las emisiones mundiales<sup>119</sup>) ratificaron el Protocolo Japón, Canadá y Nueva Zelanda, así como China, India y Brasil, si bien estos tres últimos, como países en vías de desarrollo, no están obligados a reducir sus emisiones. Finalmente, Rusia se decidió y ratificó el Protocolo en el año 2004, entrando éste en vigor oficialmente el 16 de febrero de 2005. Sin embargo, no se ha conseguido la ratificación de dos de “los grandes” en cuanto a emisiones de efecto invernadero: EE.UU. y Australia<sup>120</sup> (uno de los países más contaminantes en emisiones *per capita*) que alegan, para su negativa, que su ratificación afectaría a su política económica y a la competitividad de sus empresas, a pesar de que ambos son partes en la Convención marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y firmaron el protocolo.

Como ya dijimos, en la Cumbre contra el cambio climático de 2011 (COP 17) se acuerda conceder un segundo plazo al Protocolo de Kioto y en la de 2012 (COP 18) se firma su prórroga hasta 2020, si bien esta prórroga sólo tiene obligaciones para muy pocos países (UE, Australia, Noruega y Croacia) y además, *Canadá, Japón, Rusia, Bielorrusia, Ucrania y Nueva Zelanda* -algunos de los cuales ya habían anunciado su intención de no renovarlo- se retiraron de esta segunda temporada, con lo que las emisiones de CO2 de los participantes que suscriben este nuevo acuerdo suponen

---

<sup>117</sup> Art. 25 Protocolo de Kioto.

<sup>118</sup> AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, JUAN MANUEL, 'Implicaciones jurídicas del Protocolo de Kioto', *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, 14-15 (2006).

<sup>119</sup> AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, JUAN MANUEL, 'Implicaciones jurídicas del Protocolo de Kioto', *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, 14-15 (2006).

<sup>120</sup> De los Estados parte en el Anexo I sólo quedan tres que no han ratificado: EE.UU., Australia y Croacia.

apenas el 15% de las emisiones globales. Por otro lado, según reconocieron todas las delegaciones presentes en la cumbre de Doha (2012) el acuerdo final no satisfacía las recomendaciones científicas, que pedían medidas drásticas para evitar el calentamiento global, del que hay evidencias que está detrás de los recientes acontecimientos climáticos adversos (olas de calor, tormentas de arena, inundaciones, sequías o la subida de los niveles del mar), reconociéndose que las emisiones de dióxido de carbono crecerán este año un 2,6% a nivel mundial y duplican ya las tasas de 1990, fundamentalmente por las aportaciones de grandes potencias en desarrollo como China o India.

Los límites fijados varían de uno a otro país dependiendo de su nivel de desarrollo energético y su nivel de contaminación pasada y presente. Es lo que se denomina “reparto de carga”, de forma que la carga recae más pesadamente sobre los Estados industrializados o emergentes (incluidos en el listado del Anexo I de la Convención) que son los que más contaminan. A los Estados no industrializados (no incluidos en el listado del Anexo I) no se les exige un objetivo concreto y específico, sino una obligación genérica de lucha contra el cambio climático y el control de emisiones.

Para alcanzar sus objetivos, el Protocolo propone una serie de medios: Disminución de emisiones o aumento de sumideros que absorban las emisiones (art. 3)<sup>121</sup>; establecimiento de sistemas nacionales que permitan contabilizar las emisiones de las fuentes y las absorciones de los sumideros (art. 5); el denominado mercado de créditos de emisiones (art. 6) que permite a un país que exceda de su límite de emisiones comprar a otro que no llegue a dicho límite derechos de emisiones, siempre que ambos estén contemplados en el listado del anexo I de la Convención.; un inventario anual de emisiones y absorciones por sumideros en el que se incluirá la

---

<sup>121</sup> Como explica el profesor Ayllón, igual que existen fuentes de emisión de gases, también existen fenómenos naturales que absorben dichas emisiones y ayudan a la disminución de la contaminación y con ella al efecto invernadero y calentamiento del planeta. Siendo los principales sumideros los bosques, los países pueden cumplir sus compromisos adquiridos por este Protocolo bien reduciendo la emisión de gases, bien aumentando los sumideros mediante, por ejemplo, la reforestación [AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, JUAN MANUEL, 'Implicaciones jurídicas del Protocolo de Kioto', *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, 14-15 (2006).

información necesaria para asegurar el cumplimiento de los objetivos del Protocolo (art. 7); y el mecanismo para un desarrollo limpio (art. 12) mediante el cual, se permite a los países del Anexo I (países industrializados) invertir en proyectos de reducción de emisiones en países no incluidos en el anexo I (en vías de desarrollo). El recorte de la contaminación derivado de esta inversión se documenta en un certificado que es utilizado para contabilizar el cumplimiento de sus obligaciones de reducción de las emisiones nacionales. La compañía puede intercambiar estas reducciones certificadas de emisiones por derechos de emisión que puede utilizar para aumentar sus emisiones o para venderlas en el mercado de emisiones (art.12).

En mi opinión, aunque incompleto, el Protocolo de Kioto es un buen instrumento jurídico para la protección del medio ambiente, porque supone un gran paso adelante en dicho ámbito al pasar de consideraciones meramente retóricas, basadas en buenas palabras sobre la necesidad de tomar decisiones, de concienciarse, de aceptar que los recursos naturales no son inagotables, de aceptar que es preciso ser más respetuoso con nuestro entorno, o de corte estrictamente ecológico, a concreciones prácticas, a adoptar un acuerdo vinculante, en el que se exige unos resultados determinados, en un plazo concreto. Por fin se actúa, no sólo se teoriza. Me parece acertado el sistema de “reparto de carga”, aunque en un principio pudiera pensarse que el problema sería que los países más ricos tendrían más poder al convertir el mercado de créditos en un “yo pago para poder seguir contaminando”, mediante la compra de acciones a los países que, por su limitada economía, no pudieran seguir ese ritmo industrial y, por tanto, “contaminatorio”<sup>122</sup>. Pero esto no es así, porque sólo se puede usar el mercado de créditos entre países integrados en el Anexo I, a los que se les supone un nivel económico más o menos equivalente y, en el caso de las reducciones certificadas, estos pagos sirven para ayudar a que los países en desarrollo puedan crecer sin contaminar (tanto). Disiento de la postura que adoptaron los EE.UU. y Australia, ya que esta postura propicia que su economía se encuentre en una situación de competencia desleal respecto de los Estados que, por cumplir el Protocolo, adoptan medidas de política económica e industrial que puede afectar a la competitividad de sus mercados. Claro que existe el argumento contrario, en el sentido de que se crean barreras comerciales con la excusa del medio ambiente, ya que si sólo se admite la

---

<sup>122</sup> Permítaseme el “invento” de esta palabra.



comercialización de productos “verdes” se está dejando fuera del mercado a muchas empresas que no pueden competir al no tener recursos para acceder a una producción “ecológica”. Un problema que, a mi entender, queda sin resolver con el Protocolo de Kioto son las emisiones de los países en vías de desarrollo que vienen “pisando fuerte”, como, por ejemplo, el caso de China que, en emisiones mundiales, ocupa el segundo lugar. Ellos se defienden alegando que, en realidad, las emisiones deberían calcularse en emisiones *per capita* y no por Estado, en cuyo caso su nivel de emisiones sería insignificante, y que los países desarrollados llevan mucho tiempo contaminando y ellos acaban de empezar. Seguramente, el cómputo más equitativo es el que se realice en porcentajes *per capita*; además, si observamos el gráfico de los niveles de contaminación ambiental mundial vemos que ésta, que era producida fundamentalmente en EE. UU. y Europa, ha bajado en estos lugares y ha aumentado en China, porque en realidad lo que ha tenido lugar es un traslado de la producción contaminante, pues las industrias que contaminan en China son las que antes lo hacían en Europa y EE.UU fabricando productos para consumidores de estas zonas, lo que parece sugerir que, en realidad, lo que debería plantearse es un cambio en el modelo de consumo. También sería bueno hacer un esfuerzo internacional para ayudar a los países emergentes a que puedan implementar medidas de conservación del medio ambiente en su desarrollo económico e industrial. Otro problema del Protocolo de Kioto es que sólo se ocupa de la contaminación del aire a través de seis gases cuando, aunque está científicamente constatado que ha aumentado la temperatura del planeta, no lo está que sea debido a la emisión de esos gases, dejando de lado otras fuentes de contaminación como, por ejemplo, los vertidos a las aguas, que también ocupan un lugar muy importante en la escala de la contaminación planetaria.

#### **1.4.2. El protocolo de Kioto y la Unión Europea**

“Sin ningún género de dudas, Europa ha liderado desde sus comienzos el avance en los compromisos políticos de la lucha contra el cambio climático a nivel mundial”<sup>123</sup>. Esta frase de Espadas Cejas refleja perfectamente el importante papel que la UE ha

---

<sup>123</sup> ESPADAS CEJA, JUAN, 'La lucha contra el cambio climático', en *Los retos jurídicos de la Unión Europea* (Escuela Diplomática, Madrid, 1998) p. 101.

asumido en la escena del protocolo de Kioto.

El acto por el que se aprobó el Protocolo de Kioto en nombre de la Unión Europea (entonces Comunidad Europea) es la Decisión 2002/358/CE del Consejo de 25 de abril de 2002. Los Estados miembros se comprometieron a depositar sus instrumentos de ratificación al mismo tiempo que la Comunidad antes del 1 de junio de 2002. El 31 de mayo de 2002, la UE ratifica el Protocolo de Kioto, lo que la convirtió en pieza clave en la entrada en vigor del Protocolo, como hemos visto en el apartado anterior. Un año después, el 13 de octubre de 2003, se aprobó el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero a través de la Directiva 2003/87/CE.

Los Estados que eran miembros de la UE antes de 2004 debían reducir conjuntamente sus emisiones de gases de efecto invernadero en un 8% entre 2008 y 2012. Los Estados miembros que se hayan incorporado a la UE después de esa fecha se comprometen a reducir sus emisiones en un 8%, excepto Polonia y Hungría que deberán hacerlo en un 6%, y Malta y Chipre, que no están incluidos en el anexo I de la Convención.

En 2009, la Comisión presentó un informe al Consejo y al Parlamento Europeo, denominado “Progresos realizados hacia la consecución de los objetivos de Kioto (con arreglo al artículo 5 de la Decisión nº 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un mecanismo para el seguimiento de las emisiones de gases de efecto invernadero en la Comunidad y para la aplicación del Protocolo de Kioto)”<sup>124</sup> en el que se confirma que los países de la UE han respetado los objetivos fijados por el Protocolo de Kioto y que sus emisiones de gases de efecto invernadero han disminuido un 12,5% respecto a las de 1990, pese a que ha continuado su crecimiento económico.

Como el protocolo de Kioto expiraba en diciembre de 2012, se hacía necesaria la adopción de un nuevo acuerdo jurídicamente vinculante sucesor del Protocolo de Kioto

---

<sup>124</sup> COM (2009 630 final de 12 de noviembre de 2009, no publicada en el DOUE.

a partir de esa fecha. En la Cumbre de Montreal de 2005<sup>125</sup> se constituyó el denominado Grupo de Trabajo Especial sobre los Futuros Compromisos de las Partes del Anexo I en el marco del Protocolo de Kioto, encargado de preparar la negociación del nuevo Protocolo post-Kioto. Las negociaciones se iniciaron en la Cumbre de Bali de 2007, continuaron en la de Poznan de 2008, se tenía la intención de alcanzar el acuerdo final en la de Copenhague, pero no pudo ser, por lo que se tuvo que aplazar a la Cumbre de Cancún<sup>126</sup>, donde tampoco se obtuvo acuerdo final. Finalmente en la Cumbre de 2012 se firmó una prórroga del Protocolo hasta 2020.

En este contexto de falta de acuerdo es de destacar la postura de la Unión Europea, que ha logrado mantener una unidad de criterio en esta materia a pesar de las nuevas incorporaciones a la misma de numerosos países después de la ratificación del Protocolo. La UE se está destacando como líder mundial en la protección del medio ambiente y para combatir el cambio climático<sup>127</sup>, aunque es consciente de que ella sola no puede con este combate, por lo que está luchando por alcanzar un acuerdo internacional<sup>128</sup>.

El recorrido seguido por la Unión Europea en su camino a la consecución de un

---

<sup>125</sup> XI Conferencia sobre Cambio Climático de las Naciones Unidas celebrada en diciembre de 2005 en Montreal (Canadá).

<sup>126</sup> XIII, XIV, XV y XVI Conferencias sobre Cambio Climático de las Naciones Unidas celebradas respectivamente en Bali (Indonesia), diciembre de 2007; Poznan (Polonia), diciembre de 2008; Copenhague (Dinamarca), diciembre de 2009 y Cancún (México), diciembre 2010.

<sup>127</sup> “El cambio climático es una realidad. Es necesario actuar con urgencia para limitarlo a un nivel razonable. La Unión Europea debe adoptar las medidas pertinentes y tomar la iniciativa en el plano internacional para limitar la elevación media de las temperaturas mundiales a 2 °C respecto de los niveles de la era preindustrial”. COM (2007)2 de la Comisión Europea, de 10 de enero de 2007, no publicada en el DOUE.

<sup>128</sup> “La batalla contra el cambio climático solo puede ganarse a través de una acción a nivel mundial. No obstante, para alcanzar el objetivo de los 2 °C, es necesario que las negociaciones internacionales superen la fase de la retórica y lleguen a compromisos concretos. La UE debe situar este objetivo en primera fila de sus prioridades internacionales, expresarse con una sola voz y proponer un enfoque convincente y coherente para el período en el que se llevará a cabo la acción, con objeto de asumir plenamente su parte del esfuerzo. Esto exigirá diferentes métodos de trabajo desde el punto de vista de la coordinación y de la acción internacional”. COM (2007)2 de la Comisión Europea, de 10 de enero de 2007, no publicada en el DOUE.

acuerdo internacional para la lucha contra el cambio climático es el siguiente<sup>129</sup>:

En la cumbre de junio de 2007 del G8 celebrada en Alemania, la presidente Ángela Merkel quiso ir preparando el terreno para alcanzar un acuerdo que suceda al Protocolo de Kioto, presentando la estrategia de la UE para la lucha contra el cambio climático. Esta estrategia consistía en reducir las emisiones de gases contaminantes hasta un 50% en 2050 y, aunque Japón y Canadá se mostraron conformes, EE.UU., sin embargo, rechazó la propuesta, al considerar que cada país es el que debe fijar sus propios límites. Argumentan que el establecimiento de los límites no tiene que ser algo manejado por los gobiernos sino por el mercado, porque él mismo se autorregula mejor que nadie y que será la economía privada -vía desarrollo tecnológico- quien marque el camino, puesto que se ha demostrado que el sector privado va mejorando sus productos (por ejemplo, en el campo de las comunicaciones, internet ha sido un desarrollo puramente privado). Para ellos, el verdadero defensor de la naturaleza son las personas, la actividad privada, porque forman parte de ella (por ejemplo, la protección del parque de Yellowstone, en los EE.UU., se debió a que una empresa privada -Northern Pacific Railroad- vio su potencial como atracción turística). En mi opinión, estos argumentos suponen apoyarse demasiado en las expectativas del libre mercado, pues dejar este tema en manos de la economía privada podría suponer un avance, sí, pero también podría suponer un retroceso, porque se deja al arbitrio de las empresas que ellas decidan o no invertir en limitar sus emisiones. A mi entender, abordar el tema con una reglamentación legal aseguraría esa inversión y, con ella, la protección medioambiental. Además, dejar que cada nación fije sus propios límites, podría llevar a que, para proteger la competitividad de sus mercados, cada Estado fije el nivel más bajo.

En la Conferencia de Bali, la UE propuso establecer el objetivo de limitar las emisiones entre el 25% y el 40% para 2020 respecto de los niveles registrados en 1990, pero los EE.UU. se opusieron a incluir ningún porcentaje de reducción y a los países menos desarrollados tampoco les gustaba la idea de compromisos concretos para todos los países. Al final, la presidencia indonesia propuso una reducción del 50% de las

---

<sup>129</sup> GARCÍA LUPIOLA, ASIER, 'La Unión Europea en la conferencia sobre el cambio climático de Copenhague: lucha frustrada a favor de un texto jurídicamente vinculante', *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, 21 (2010).

emisiones contaminantes para 2050.

En la Conferencia de Poznan, la propuesta de la UE fue de un “triple 20”: reducir en un 20% las emisiones de CO<sub>2</sub>, mejorar en un 20% la eficiencia energética y utilizar energías renovables en un 20% más para el año 2020; así como la creación de un programa de trabajo para orientar las negociaciones en 2009 y un estudio global sobre cómo mejorar y reforzar el Protocolo de Kioto. El resultado fue la puesta en marcha de un Fondo de Adaptación de Kioto a los países en vías de desarrollo y la adopción de un acuerdo de financiación para posibilitar su acceso.

En la reunión del G-20 de septiembre de 2009, la UE insistió en la necesidad de mantener el aumento de la temperatura media mundial por debajo de los 2°C respecto a los niveles preindustriales, para lo que consideraba necesaria la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero en un 50% (y hasta un 80% en los países desarrollados) para 2050. Además, insistió en la importancia de crear un mercado mundial del carbono, con un mecanismo para un desarrollo limpio reformado.

La UE acudió a la Cumbre de Copenhague con la propuesta expuesta en la reunión del G-20, manteniendo su objetivo de la reducción del 20% de sus emisiones de gases de efecto invernadero para 2020 respecto de los niveles de 1990 y la oferta de aumentar el compromiso de reducción al 30% siempre que los demás países también se comprometiesen a algo equiparable y el objetivo a largo plazo de una reducción de las emisiones en todo el planeta del 50% para 2050, llegando hasta el 80% y 95% para los países desarrollados. Sin embargo, ante lo complicado de las negociaciones y viendo que no se iba a llegar a ningún desenlace positivo, la UE reclamó un acuerdo que condujera a ultimar un instrumento jurídicamente vinculante, preferentemente dentro de los seis meses siguientes a la Conferencia de Copenhague, que sustituyese al Protocolo de Kioto. El resultado de la Conferencia fue la adopción de un modesto acuerdo no vinculante y no adoptado oficialmente que mantiene como objetivo no superar de 2°C la elevación de la temperatura global para 2050 y reconoce la necesidad de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, pero no establece cuotas concretas.

Tras el desastre de Copenhague, en la cumbre de Cancún nadie quería terminar sin un pacto convincente, por lo que las negociaciones se prolongaron hasta conseguir

un acuerdo<sup>130</sup> en el que se establecía como objetivo la reducción antes de 2020 de los gases de efecto invernadero entre un 25 y un 40% con respecto a los niveles de 1990 para los países vinculados legalmente por el actual Protocolo de Kioto. Dicho acuerdo se consideraba un acercamiento a la prolongación del Protocolo durante ocho años más, aunque los países se hayan negado a renovar automáticamente el tratado. Sin embargo, el llamado "acuerdo de Cancún" sería más ambicioso aún que el Protocolo de Kioto, ya que éste último sólo establecía una reducción del 5 por ciento de las emisiones.

Finalmente, en la Cumbre de Doha, se acuerda la prolongación del protocolo de Kioto y, respecto de la UE, se menciona que en su paquete energía-clima para el cumplimiento de sus objetivos de reducción de emisiones para el período 2013-2020 no está permitido el uso y comercio de sus excedentes de emisiones (tampoco podrán hacerlo Japón, Liechtenstein, Mónaco, Noruega ni Suiza).

Por su parte, el VI PMA en su epígrafe titulado *“Intentar resolver el cambio climático”* ya reconocía como objetivo *“estabilizar las concentraciones atmosféricas de gases de efecto invernadero en un nivel que no provoque variaciones no naturales en el clima terrestre”*, y como prioridad más importante *“la ratificación y aplicación del Protocolo de Kioto para reducir para 2008-2012 las emisiones de esos gases un 8% con respecto a los niveles de 1990. Y eso no es más que un primer paso hacia la meta a largo plazo de una reducción del 70%”*.

Por último, me gustaría resaltar que la UE ha reconocido la importancia de la lucha contra el cambio climático y la protección ambiental no sólo desde un plano meramente ecológico sino también económico, sobre todo desde el conocido como "Informe Stern"<sup>131</sup>, en el que se concluía la rentabilidad económica de la lucha contra el cambio climático, ya que consideraba que era necesaria una inversión equivalente al 1% del PIB mundial para mitigar los efectos del cambio climático, pues si no el mundo se expondría a una recesión que podría alcanzar el 20% del PIB global. La UE, consciente

---

<sup>130</sup> Con la reticencia de Bolivia, que lo consideraba insuficiente.

<sup>131</sup> El "Informe Stern" fue encargado por el entonces Ministro de Finanzas británico Gordon Brown al economista Sir Nicholas Stern y publicado en octubre de 2006. Además de por sus novedosas conclusiones, tuvo repercusión su mero encargo, considerándose como un hito histórico al ser el primer informe encargado por un gobierno a un economista en lugar de a un climatólogo.

de que la consecución de los objetivos propuestos para reducir las emisiones de gases contaminantes, sobre todo en los países en vías de desarrollo, exige contar con importantes fuentes de financiación internas y externas, tanto privadas como públicas, manifestó que la Unión asumirá la parte que le corresponda de la financiación de estas medidas en países en desarrollo<sup>132</sup>. En la última publicación de la Comisión Europea, dentro de la colección dedicada a explicar las políticas de la Unión y referida precisamente al medio ambiente, se reconoce explícitamente la necesidad de armonizar medio ambiente y economía, mediante esta explicación: “Por decirlo en pocas palabras, las consideraciones medioambientales y económicas se complementan como dos caras de la misma moneda. La evolución hacia una economía más ecológica reduce los costes medioambientales, al permitir un uso más eficiente de los recursos. A su vez, las nuevas tecnologías respetuosas con el medio ambiente generan empleo, dan un impulso a la economía y consolidan la competitividad de la industria europea”<sup>133</sup>.

## **1.5. Programas de acción EUROPEOS en materia de medio ambiente**

En 1972, en la cumbre europea de París, se llegó a la conclusión de que era necesaria una interacción entre la expansión económica y la protección al medio ambiente para poder elevar el nivel y la calidad de vida. Fruto de esta cumbre fue el lanzamiento en 1973 del primer programa de actuación en materia de medio ambiente para poder alcanzar esas aspiraciones. Desde entonces y hasta nuestros días se han aprobado seis de esos programas. El Primer Programa de Acción Ambiental para los años 1973-1976, aprobado el 22 de noviembre de 1973 (DOCE C12/1 de 20 de diciembre de 1973) se centró sobre todo en medidas de solución a problemas ya ocurridos. El Segundo Programa de Acción Ambiental, aprobado para los años 1977-1981, el 17 de mayo de 1977 (DOCE C 139/46 de 13 de junio de 1977) en cambio,

---

<sup>132</sup> Consejo Europeo de Bruselas de 19 y 20 de marzo de 2009 - Conclusiones de la Presidencia, 7880/1/09, apdo. 28. <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/09/st07/st07880-re01.es09.pdf>.

<sup>133</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Comprender las políticas de la Unión Europea. Medio ambiente*, (Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2013) p. 4. Pág. web UE: [http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/es/environment\\_es.pdf](http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/es/environment_es.pdf). Visitada el 01/03/2014.

varía su orientación y, en lugar de en medidas resolutivas, se centró en la prevención de los problemas, para evitar, desde el origen, que éstos se produzcan y haya que solucionarlos después. Se contempla la necesidad de nuevos instrumentos como, por ejemplo, las evaluaciones de impacto ambiental y se plantea el tema del despilfarro de recursos. El Tercer Programa de Acción Ambiental para los años 1982-1986, fue aprobado el 7 de febrero de 1983 (DOCE C 46/1 de 17 de febrero de 1983) y en él se abordó el problema de los residuos, su gestión y eliminación de la manera más inofensiva para el medio ambiente. Lo más importante de este programa es que se propugna la integración de las preocupaciones medioambientales en las demás políticas comunitarias. El 7 de febrero de 1983 se aprobó el Cuarto Programa de Acción Ambiental para el período 1987-1992 (DOCE c 328/1 de 7 de diciembre de 1987). Este programa incide en la comprensión de que la protección del medio ambiente mejora la calidad de vida, da categoría preferencial al principio de “quien contamina paga”, reconoce la utilización de medidas como la regulación legal de emisiones y deshechos, o la aplicación de cánones o ayudas estatales, por ejemplo, y sobre todo, insiste en la importancia de la educación en medio ambiente. El Quinto Programa de Acción Ambiental para 1992-2000 fue aprobado el 1 de febrero de 1993 (DOCE C 138 de 17 de mayo de 1993) incluyendo en su título la alusión al desarrollo sostenible (se tituló “hacia un desarrollo sostenible”) y las medidas para conseguirlo. Entrañó un cambio de formas en la actuación en la UE, destacando el reconocimiento socio-económico de los recursos naturales, la importancia de la formación e información en esta materia y el principio de una acción comunitaria horizontal que tiene en cuenta todos los factores de contaminación. El 22 de julio de 2002 se aprobó el Sexto Programa de Acción Ambiental para los años 2001 a 2010 (COM (2001) 31 final - no publicada en el Diario Oficial), titulado “Medio ambiente 2010, el futuro está en nuestras manos”. En él se identificaban cuatro áreas en las que es urgente continuar con la acción emprendida: cambio climático, protección de la naturaleza y de la biodiversidad, salud y calidad de vida y gestión de los recursos naturales y de los residuos. Además definía siete áreas clave que requieren especial atención: contaminación atmosférica, reciclado de los residuos, gestión de los recursos, protección del suelo, medio ambiente urbano, uso sostenible de los pesticidas y medio ambiente marino. La evaluación final del Sexto Programa de Acción en materia de Medio Ambiente arroja progresos en la política ambiental, pero deficiencias en su aplicación e indica que la inmensa mayoría de las medidas formuladas en ese programa se han completado o se están completando. El



comisario Janez Potočnik lo explicaba de esta manera: “Hemos conseguido buenos resultados, pero no siempre tan buenos como esperábamos. Resulta necesaria una mejor aplicación de las normas de la UE por parte de los Estados miembros para acabar con el desfase entre las ambiciones legislativas del Sexto Programa de Acción Medioambiental y sus resultados finales. Nuestro objetivo actual es pasar de paliar la degradación del medio ambiente a prevenirla. La evaluación final del Programa inspirará la puesta en marcha de un amplio debate público encaminado a definir las orientaciones de la política de la UE en materia de medio ambiente durante los próximos años”<sup>134</sup>. Finalmente, el 29 de noviembre de 2012, la Comisión Europea presentó una propuesta de Programa de Medio Ambiente (el séptimo) para orientar la política de la UE en la materia hasta 2020 y, el 20 de noviembre de 2013, la Comisión y el Parlamento europeo lo aprobaron<sup>135</sup>. En este programa, titulado “Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta”, la Comisión determina nueve objetivos prioritarios, como proteger la naturaleza y consolidar la capacidad de recuperación ecológica, impulsar un crecimiento sostenible, hipocarbónico y eficiente en el uso de los recursos y abordar con eficacia los peligros para la salud relacionados con el medio ambiente. El programa establece un marco para apoyar la consecución de estos objetivos mediante, entre otras cosas, la mejora de la aplicación del Derecho de la UE en materia de medio ambiente, la ciencia más avanzada, la garantía de las inversiones necesarias en apoyo de las políticas de medio ambiente y cambio climático y la mejora de la forma en que las consideraciones y requisitos medioambientales se recogen en otras políticas. Además, este programa persigue estimular los esfuerzos encaminados a contribuir a que las ciudades de la UE sean más sostenibles y a mejorar la capacidad de la UE para hacer frente a los retos regionales y mundiales en materia de medio ambiente y cambio climático<sup>136</sup>. Respecto a este Séptimo Programa y dado que el Sexto adoleció de una aplicación deficitaria, el Comité Económico y Social insistió en su Dictamen en solucionar esta cuestión al decretar en su punto 4.12 que “*Lo que hace falta en Europa ante todo es aplicar los conocimientos adquiridos. Existe un enorme déficit de aplicación al que contribuyen*

---

<sup>134</sup> Pág. web UE: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-996\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-996_es.htm). Visitada el 01/03/2014.

<sup>135</sup> DECISIÓN nº 1386/2013 del Parlamento europeo y del Consejo de 20/12/2013, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020, «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta». DOUE L 354 de 28/12/2013, pp. 171-200. Pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:354:0171:0200:ES:PDF>

<sup>136</sup> Pág. web UE: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-1271\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1271_es.htm). Visitada el 01/03/2014.

*todos los niveles (UE, Estados miembros, regiones, municipios y ciudadanos). A este respecto, el CESE desea señalar con toda claridad que la Comisión puede elaborar todos los programas que quiera y hacer todos los anuncios que desee, pero los responsables de su ejecución son los órganos políticos en los Estados miembros*<sup>137</sup>. Por último el programa prevé su evaluación por la Comisión, basándose, entre otros, en el informe de la Agencia Europea del Medio Ambiente sobre el estado del medio ambiente y en una consulta con las partes interesadas. Sobre la base de esta evaluación, la Comisión presentará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo y, en su caso, presentará una propuesta para un Octavo Programa de Acción Medioambiental, en el momento oportuno, con el fin de evitar un vacío entre el Séptimo y Octavo programas<sup>138</sup>.

## **1.6. REGISTRO EUROPEO DE EMISIONES Y TRANSFERENCIAS CONTAMINANTES (E-PRTR)**

E-PRTR son las siglas de European Pollutants Release and Transfer Register (Registro Europeo de Emisiones y Transferencia de Contaminantes). En 1998 se adopta en Aarhus (Dinamarca) la Convención sobre el “Acceso a la información, participación del público en las decisiones y acceso a la justicia en asuntos medioambientales”, en la que se reconoce que *toda persona tiene el derecho a vivir en un medio ambiente que le permita garantizar su salud y su bienestar, y el deber (...) de proteger y mejorar[lo] (...), que para estar en condiciones de hacer valer este derecho y de cumplir con ese deber, los ciudadanos deben tener acceso a la información, estar facultados para participar en la toma de decisiones y tener acceso a la justicia en materia medioambiental (...) ya que estas acciones permiten tomar mejores decisiones y aplicarlas más eficazmente, contribuyen a sensibilizar al público respecto de los problemas medioambientales, le dan la posibilidad de expresar sus preocupaciones y ayudan a las autoridades públicas*

---

<sup>137</sup> DOCE C191 de 29/06/2012, p. 4. Pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:191:0001:0005:ES:PDF>

<sup>138</sup> Art. 4 y 5 de la Decisión relativa al Séptimo Programa de Acción Medioambiental.

*a tenerlas debidamente en cuenta*<sup>139</sup>. En mayo de 2003 se firmó por las Partes del Convenio de Aarhus y otros países el Protocolo PRTR, cuyo objetivo es la implantación de este tipo de información. La UE, para hacer efectivo este Protocolo, adoptó el 18 de enero de 2006 el Reglamento (CE) 166/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al establecimiento de este registro y por el que se modifican las Directivas 91/689/CEE, relativa a residuos peligrosos y la Directiva 96/61/CE, relativa a la prevención y control integrado de la contaminación (“IPPC”). Así, y como informa la propia UE<sup>140</sup>, el Registro Europeo de Emisiones y Transferencias de Contaminantes (E-PRTR) es un nuevo registro a escala europea que ofrece fácil acceso a la información medioambiental clave procedente de los complejos industriales en los Estados miembros de la Unión Europea, Islandia, Liechtenstein y Noruega. Sustituye y mejora el anterior Registro Europeo de Emisiones Contaminantes (EPER) pues este nuevo registro contiene la información notificada anualmente por aproximadamente 24.000 complejos industriales que comprenden 65 actividades económicas en toda Europa. En él se informa de las cantidades de contaminantes emitidas a la atmósfera, el agua y el suelo por cada complejo, así como de los residuos transferidos fuera del emplazamiento y de los contaminantes liberados en las aguas residuales a partir del año 2007. Las sustancias de las que se informa se recogen en una lista de 91 contaminantes clave, entre los que se encuentran metales pesados, pesticidas, gases de efecto invernadero y dioxinas. También están disponibles algunos datos sobre las emisiones procedentes de fuentes difusas. El registro contribuye a la transparencia y la participación del público en el proceso de toma de decisiones en relación con el medio ambiente.

## **1.7. PROGRAMA EUROPEO LIFE+**

LIFE+ sustituye a varios programas financieros existentes (el programa LIFE, el Programa de cooperación para el desarrollo sostenible en el medio urbano, el Programa de fomento de las organizaciones no gubernamentales y Forest Focus) con el fin de reunirlos en un conjunto único de normas y procedimientos de decisión y de focalizar de forma más coherente las intervenciones comunitarias, haciéndolas así más eficaces.

---

<sup>139</sup> BOE nº 40 de 16 de febrero de 2005, p. 5535 y ss.

<sup>140</sup> Pág. web UE: <http://prtr.ec.europa.eu/>. Visitada el 01/03/2014.

El programa LIFE+ financia proyectos que contribuyen al desarrollo y la aplicación de la política y el Derecho en materia medioambiental. Este programa facilita considerablemente la integración de aspectos medioambientales en las demás políticas y, de manera más general, contribuye al desarrollo sostenible. Es el principal instrumento financiero, sucesor del programa LIFE, que cofinancia medidas en favor del medio ambiente en la UE y en algunos terceros países. El programa LIFE+ se divide a su vez en tres ámbitos temáticos: LIFE+ «Naturaleza y Biodiversidad», LIFE+ «Política y Gobernanza Medioambiental» y LIFE+ «Información y Comunicación». Los proyectos financiados deben responder a los siguientes criterios: revestir interés comunitario por su contribución significativa al desarrollo, aplicación y actualización de la política y la legislación comunitarias de medio ambiente; ser técnica y financieramente coherentes, viables y rentables; cumplir al menos uno de los siguientes criterios: referirse a mejores prácticas o a la demostración en materia de protección de los hábitats o las aves silvestres, tener un carácter innovador o de demostración a nivel comunitario en relación con los objetivos de la política de medio ambiente, consistir en campañas de sensibilización y formación especial de los agentes encargados de la prevención de incendios forestales, contribuir a la supervisión amplia, armonizada, completa y a largo plazo de los bosques y de las interacciones medioambientales. La financiación comunitaria puede hacerse a través de subvenciones o de contratos públicos<sup>141</sup>.

A esta financiación comunitaria se añaden las posibilidades que ofrece el Banco Europeo de Inversiones y las medidas adoptadas por los Estados miembros a través de ayudas estatales o de tasas medioambientales. La UE procura además fomentar la participación de los agentes económicos y de la sociedad civil en la protección del medio ambiente gracias a medidas tales como la etiqueta ecológica, el sistema comunitario de gestión medioambiental y auditoría o los acuerdos voluntarios.

---

<sup>141</sup> [http://europa.eu/legislation\\_summaries/agriculture/environment/128021\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/agriculture/environment/128021_es.htm). Visitada el 01/03/2014.



## **CAPÍTULO II**

### **LA INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EN EL DERECHO PENAL INTERNO Y EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN PENAL MEDIOAMBIENTAL.**

En su origen, la Unión Europea surgió únicamente con fines económicos, pero esto ha cambiado mucho y hoy día los intereses que abarcan sus políticas son muy variados. Entre esos intereses hay ocasiones en que se ve afectado el Derecho penal, considerado como una de las más claras manifestaciones de la soberanía nacional de los Estados. En este capítulo analizaremos las relaciones existentes entre el Derecho unitario y los Derechos penales nacionales y la incidencia de aquel sobre éstos, así como la problemática que ello representa y si podemos llegar a hablar de un “Derecho penal europeo”.

Pero antes de ello, considero conveniente realizar, al menos, un breve estudio de la evolución de la Unión Europea, pues ello favorecerá el correcto entendimiento de la situación actual y, en particular, la gran influencia que el Derecho comunitario, como Estado miembro que somos, tiene en nuestro Derecho interno. Y es que, en efecto, la Unión Europea no es una construcción “en el aire”, más o menos casual o caprichosa, como en ocasiones se quiere hacer ver, sino que cuenta con unos cimientos históricos que permiten explicar, en gran medida, las características actuales de este gran “edificio”.

#### **2.1. CONSIDERACIONES PREVIAS**

La idea de la Unión Europea<sup>142</sup> surgió tras la Segunda Guerra Mundial<sup>143</sup> con un

---

<sup>142</sup> Para percibir bien, y en toda su extensión, la correlación de hechos y el desarrollo histórico que, tras la Segunda Guerra Mundial, dio lugar a la creación de la actual Unión Europea, *vid.* MONNET, JEAN, *Memorias*, (Encuentro. Instituto Universitario de Estudios Europeos CEU, Madrid, 2010) esp. pp. 251 y

ss. Traducción realizada por José M<sup>a</sup> Martínez García. DEBASA NAVALPOTRO, FELIPE R., *Jean Monnet y la Carta Fundacional de la Unión Europea. La declaración de 9 de mayo de 1950*, (Dykinson, Madrid, 2004) . Y referido a cada una de las ampliaciones que ha ido experimentando la UE, *vid.* MARTÍN DE LA GUARDIA, RICARDO & PÉREZ SÁNCHEZ, GUILLERMO, 'Las sucesivas ampliaciones. De la Europa de los Seis a la Europa de los Veintisiete', en JOSÉ M<sup>a</sup> BENEYTO PÉREZ, et al. (eds) *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea* (Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009) pp. 153-218. También, para una visión más simplificada y extractada, pueden visitarse: Pág web UE: [http://europa.eu/about-eu/eu-history/index\\_es.htm](http://europa.eu/about-eu/eu-history/index_es.htm) y <http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3DOrigen+y+evoluci%C3%B3n+de+la+uni%C3%B3n+europa.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1158614055666&ssbinary=true>

<sup>143</sup> No obstante, Fondevilla Marón, aún entendiendo la novedad que supone la construcción de la Unión Europea y que no existe precedente histórico del que pueda traerse su causa, realiza brevemente un repaso de todos los antecedentes históricos de nuestro viejo continente que guardan alguna similitud que pueda hacer comprender mejor el actual. Estos antecedentes históricos son: En primer lugar, el Imperio Romano, en concreto, la influencia del Derecho romano que nos ha legado las instituciones de Derecho público y privado que hoy día siguen en plena vigencia (*e.g. res publica*, Senado, dictador,..). El éxito de sus conquistas se debió a que unieron a un fuerte despliegue militar la extensión del Derecho a los terrenos conquistados. En segundo lugar, el Imperio de Carlomagno, cuyo eje Aquisgrán-Roma supuso la realización de un imperio cristiano que no es otro que Europa; incluso para reforzar esta idea y como anécdota añade el autor de esta tesis que “a los premios con los que las instituciones recompensan a aquellos que merecen un reconocimiento especial por haber hecho algo significativo a favor de la Unión Europea (...) llevan el nombre del emperador medieval”. En tercer lugar, la Europa del *Ius Comune*, dado que, cuando surgen, las primeras escuelas de Derecho en las Universidades y puesto que se enseñaba el *Ius comune* del corpus justiniano, toda Europa gozaba de una “cultura jurídica común”, es decir, de un Derecho unificado. En cuarto lugar, el *Ius Publicum Europaeum* de los siglos XVI-XIX, pues, como destaca Ruipérez Alamillo, esta idea de un Derecho público europeo ha llegado hasta nuestros días. Y, en quinto y último lugar, cita el autor los intentos imperialistas y autoritarios de Napoleón y Hitler, si bien distinguiendo, en el caso de Napoleón, que este gobernante ansiaba, efectivamente, una Europa unificada, pero sometida al pueblo francés, y en el caso de Hitler, todos sabemos cómo terminó su proyecto de un “Orden Nuevo Europeo”, cuyo objetivo era crear un espacio común de forma que el continente europeo pudiera autoabastecerse. FONDEVILA MARÓN, MANUEL, *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal: el proceso de integración europea*, (Tesis doctoral dirigida por el prof. Dr. Javier Ruipérez y Alamillo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2013) pp. 157 y ss. En el mismo sentido, Valle, afirma que “Los distintos pueblos de Europa, a pesar de sus actuales expresiones culturales diferenciadas, tienen todos ellos una raíz filosófica e ideológica de civilización común. Para este autor esa raíz común bien conformada por los siguientes acontecimientos: Primero, por la civilización griega: “Ahondando en la historia del *Viejo Continente* podemos apreciar que todos sus pueblos tienen un lecho compartido de civilización cuyo origen quizá más remoto hay que buscarlo en la

---

filosofía griega. Los pensadores más representativos del pensamiento occidental no pueden renunciar a las categorías inauguradas por grandes padres de la filosofía como Sócrates, Platón, Aristóteles... y tantos otros. Incluso para algunos autores Grecia y Europa son realidades casi recíprocamente identificables entre sí”; Segundo, el mundo romano que “dejó una impronta invariable a lo largo y ancho de Europa[:] Su desarrollo administrativo, la jurisprudencia, la separación de poderes, el reconocimiento de unos derechos civiles que corresponden a una categoría de ciudadanía (la *civitas* romana) (...) Y, además, legó la lengua latina, que constituyó durante toda la duración del Imperio Romano la *lingua franca* del continente, fue el origen de muchas de las lenguas actuales de numerosos pueblos que habitan Europa, y en sus manifestaciones escritas permitió la transmisión de un inmenso legado histórico, filosófico, literario, administrativo y cultural”. Tercero, la tradición judeo-cristiana, otorgando al cristianismo un papel fundamental ya que “la larga tradición de una de las religiones monoteístas más relevantes de la historia configura nuestro entorno axiológico con unas características muy peculiares. El antiguo Dios de Israel, reinterpretado por Jesucristo ha dado origen en Europa a una concepción lineal de la historia del hombre acompañado por su dios, que le dota de trascendencia. Esa tradición judeo-cristiana ha derivado en religiones diversas pero con unos valores compartidos”. Cuarto, El Renacimiento y Humanismo porque, “aunque con epicentro en Italia, su extensión con fuerza y rapidez por todo el continente permite considerarlos como fenómenos europeos globales. Las distintas manifestaciones que adoptan en puntos geográficos diferentes no son sino expresiones enriquecedoras de un fenómeno de sólida base cultural común”. Quinto, el Racionalismo “con la autonomía del pensamiento y la superación de lo supersticioso por lo racional es un triunfo que se puede atribuir a la cultura europea y al que no escapa ninguno de los pueblos que la habitan”. Sexto, “los valores de la Revolución Francesa han configurado el mapa axiológico de todas las sociedades europeas actuales. Las ideas de «Libertad, Igualdad y Fraternidad» están presentes hoy en día, sin excepción, en todos los sistemas políticos de los pueblos de Europa, aunque puedan aparecer con otras denominaciones”. También alude este autor, en séptimo lugar, a los intentos unificadores por la fuerza, citando al Imperio Romano, Carlo Magno con su reinado imperial desde el 768 al 814, Carlos I de España y V de Alemania en el siglo XVI, Napoleón y Hitler. VALLE, JAVIER M., 'La política educativa de la Unión Europea: Fundamentos, evolución histórica y propuesta de un modelo para su análisis crítico', *Revista española de Educación Comparada*, nº 10 (2004). pp. 19-21.

De igual manera, Vormbaum, aunque reconoce que el gran paso hacia la construcción de la Unión Europea no se dio hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, sostiene que la idea de una Europa unificada tiene una tradición antigua, de varios siglos, ya que los aspectos que hoy son la base de dicha idea (aseguramiento de la paz o libertad de mercado, por ejemplo) ya existían a mediados del milenio pasado y se pueden encontrar, entre otros, en los trabajos del escolástico Pierre Dubois, a principios del s. XIV, y en los del filósofo Emmanuel Kant a finales del s. XVIII. VORMBAUM, MORITZ, 'El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo', *Revista penal*, nº 19 (2007). p. 100. Para un estudio profundo de la Historia de la idea de Europa, *vid.* SAMANIEGO BONEU, MERCEDES, 'Antecedentes del proceso de integración europea. La idea de Europa hasta 1950', en JOSÉ Mª BENEYTO PÉREZ, et al. (eds) *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea* (Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009) pp. 17-89.



doble deseo: el primero, terminar con los continuos y cruentos desencuentros que culminaron en el mayor conflicto bélico de la historia -que se saldó con unos resultados tan devastadores y traumáticos que los europeos no estaban dispuestos a repetir- y, el segundo, crear una Europa unida<sup>144</sup>, pacífica y con ánimo de prosperidad. Como recuerda Franco Sala, Europa se caracterizó en aquella época “por la reconstrucción, el fuerte impacto de la teoría de Keynes y por ser un largo y floreciente período de pleno empleo, estabilidad de precios y altas tasas de crecimiento. Se postergó la preocupación social en términos *cuantitativos*, a favor de un espectacular avance *cuantitativo*”<sup>145</sup>.

Sin embargo, Europa quedó dividida en Este y Oeste, comenzando 40 años de “guerra fría”. En este contexto podemos encontrar lo que se considera el primer paso hacia una cooperación europea: la creación del Consejo de Europa en 1949. Pero este paso se quedaba corto para las aspiraciones de unión, paz duradera y prosperidad anteriormente mencionadas. A tal fin, el 9 de mayo de 1950<sup>146</sup>, el Ministro francés de asuntos Exteriores Robert Schuman, inspirado por el consejero Jean Monnet, hizo pública una declaración dirigida a Alemania con la propuesta de poner la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una alta autoridad común y, al mismo tiempo, crear una organización abierta a la participación del resto de países europeos<sup>147</sup>. Surgió

---

<sup>144</sup> Jean Monnet escribió “No habrá paz en Europa, si los Estados se reconstruyen sobre una base de soberanía nacional, con todo lo que esto significa de política de prestigio y protección económica. Si los países de Europa se protegen de nuevo unos contra otros, volverá a ser necesaria la formación de grandes ejércitos. Algunos países podrán hacerlo en virtud del futuro tratado de paz, a otros les estará prohibido. Tenemos la experiencia de esta discriminación en 1919, y conocemos sus consecuencias (...) Los países de Europa son demasiado reducidos como para garantizar a sus pueblos la prosperidad que las condiciones hacen posible y, por lo tanto, necesaria. Necesitan mercados más amplios... Esta prosperidad y los indispensables desarrollos sociales exigen que los Estados de Europa se constituyan en una federación o ‘entidad europea’ que los convierta en una unidad económica común”. MONNET, JEAN, *Memorias*, (Encuentro. Instituto Universitario de Estudios Europeos CEU, Madrid, 2010) p. 253. Traducción realizada por José M<sup>a</sup> Martínez García.

<sup>145</sup> Vid. FRANCO SALA, LUIS, 'La política medioambiental comunitaria: planteamientos, instrumentos y resultados', *Revista CIDOB d'afers internacionals*, 34-35 (1996). p. 67.

<sup>146</sup> Desde entonces se celebra cada 9 de mayo el “Día de Europa”.

<sup>147</sup> Es el denominado “Plan Schumann” o “Declaración Schumann”, instigada y elaborada por Jean Monnet, según el cual “si se abordara el problema de la soberanía sin ánimo de desquite ni dominación, y, si por el contrario, vencedores y vencidos se pusieran de acuerdo para ejercerla en común sobre una parte de su riqueza conjunta, ¡qué sólido sería el vínculo que se crearía entre ellos, qué ancha la vía abierta a

así la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), primer paso de una unión económica y política de los países europeos en aras de una Europa en paz<sup>148</sup>: conforme al Tratado constitutivo, ninguno de los países firmantes puede fabricar armas de guerra para utilizarlas contra el otro. Dicho Tratado fue firmado en París el 18 de abril de 1951 por los 6 países fundadores (Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo) para un periodo de 50 años.

Con la voluntad de avanzar en la construcción europea y respaldados por el éxito del TCECA, sus seis firmantes decidieron ampliar la cooperación a otros sectores económicos<sup>149</sup>, firmando para ello, por periodo ilimitado, sendos Tratados de Roma en 1957: El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica de la Energía Atómica y el Tratado que instituye la Comunidad Económica Europea (o “Mercado Común”) para el libre movimiento de personas, bienes y servicios a través de sus fronteras. En mi opinión, es ésta última, la CEE, a la que se puede considerar el antecedente más claro de la actual Unión Europea, pues no se circunscribió a promover unos objetivos exclusivamente económicos y en un solo sector (acero, carbón, energía nuclear) sino que mostraba ya un proyecto más ambicioso de unión a otros niveles, al reconocer como misiones el *acercamiento progresivo* de las políticas económicas, la promoción de un *desarrollo armonioso*, el aumento de la *estabilidad y relaciones más estrechas* entre los

---

nuevas fusiones, qué ejemplo se daría a los demás pueblos europeos” y, esta riqueza conjunta era la del carbón y el acero “cuyas cuencas naturales inscritas en un triángulo geográfico cortado artificialmente por las fronteras históricas, Francia y Alemania compartían de forma desigual, pero complementaria”. Por ello, entendió que, puesto que esos productos eran, la clave del poderío económico “y del arsenal donde se forjaban las armas de la guerra (...) Fusionarlos por encima de las fronteras sería privarlos de su prestigio maléfico, convirtiéndolos, en garantía de paz”. MONNET, JEAN, *Memorias*, (Encuentro. Instituto Universitario de Estudios Europeos CEU, Madrid, 2010) pp. 333-334. Traducción realizada por José M<sup>a</sup> Martínez García.

<sup>148</sup> Ya que la meta de este Tratado era “la creación de una agrupación de los sectores claves militares y económicos bajo la vigilancia de una organización supranacional”. VORMBAUM, MORITZ, 'El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo', *Revista penal*, n° 19 (2007). p. 100.

<sup>149</sup> Recordemos que, en su origen, de la Unión Europea nace con fines económicos. Para ver la evolución en este sector, *vid.* FERNÁNDEZ NAVARRETE, DONATO, 'Modelo económico de la Unión Europea: fundamentos y limitaciones', *Información Comercial Española, ICE, Revista de economía*, n° 820 (2005). pp. 11 y ss.

Estados miembros<sup>150</sup>, además de mostrar su resolución, a través de la firma del Tratado, de afianzar la salvaguarda de la paz y la libertad <sup>151</sup>.

Aunque en un principio conservaron una organización parcialmente independiente, la consecución de los objetivos ambicionados llevó al establecimiento de un único escenario institucional común a las tres Comunidades y así, el 8 de abril de 1965, se firmó en Bruselas el Tratado de fusión de los Ejecutivos que articulaba la siguiente estructura: Comisión, Consejo de Ministros, Parlamento Europeo y Tribunal de Justicia, organismos a los que se unió, 10 años después, el Tribunal de Cuentas. Para garantizar la estabilidad monetaria y limitar los márgenes de las fluctuaciones entre monedas, se fraguó el primer plan de la CEE para la creación de una moneda única: el extinto “ecu”, precursor del actual euro, que se creó el 1 de enero de 1999 como moneda virtual para pagos no monetarios y a efectos contables, y cuyos billetes y monedas se introdujeron el 1 de enero de 2002.

En el ámbito jurisdiccional, esta primera etapa (1958-1975) se caracterizó por el establecimiento de los principios rectores del ordenamiento jurídico de la UE y por cuatro doctrinas jurisprudenciales que supusieron un cambio transcendental en las relaciones entre la, entonces Comunidad, y sus Estados miembros<sup>152</sup>. Estas doctrinas fueron: el principio de efecto directo (sentencia Van Gend & Loos<sup>153</sup>) y el principio de

---

<sup>150</sup> Art. 2 TCEE: “*La Communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit*”.

<sup>151</sup> Preámbulo TCEE: “RÉSOLUS à affermir, par la constitution de cet ensemble de ressources, les sauvegardes de la paix et de la liberté, et appelant les autres peuples de l'Europe qui partagent leur idéal à s'associer à leur effort”.

<sup>152</sup> LENAERTS, KOEN & GUTIÉRREZ-FONS, JOSÉ A., 'El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso de integración europea', en JOSÉ M<sup>a</sup> BENEYTO PÉREZ, et al. (eds) *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea*. (Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012) pp. 35 y ss.

<sup>153</sup> STCE n° 26/62, de 5/02/1963. Página web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962J0026:ES:PDF>

primacía (sentencias Costa contra ENEL<sup>154</sup> y “Simmenthal”<sup>155</sup>), a los que me referiré en profundidad más adelante, la protección de los derechos fundamentales (sentencia “Internationale Handelsgesellschaft”<sup>156</sup>), al considerar a los derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la Unión, y la doctrina de los poderes implícitos (sentencia “AETR”<sup>157</sup>), según la cual la UE puede celebrar acuerdos internacionales con terceros países que vincularán también a cada Estado miembro<sup>158</sup>. También es destacable, en esta etapa, la instauración por el TJCE de un sistema de recursos o “doble vigilancia”<sup>159</sup> para garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario, mediante el enunciado de los principios de equivalencia –no discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito del Derecho procesal, de forma que los derechos que el ordenamiento comunitario otorga no puede ser menos favorable que la otorgada por los ordenamientos internos en recursos de naturaleza semejante<sup>160</sup>- y de eficacia –el Derecho procesal interno no debe hacer imposible o muy difícil el ejercicio de los derechos reconocidos por el Derecho comunitario<sup>161</sup>.

---

<sup>154</sup> STCE n° 6/64, de 15/06/1964. Pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964J0006:ES:PDF>.

<sup>155</sup> STCE n° 106/77, de 9/03/1978. Pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977J0106:ES:PDF>, FJ24.

<sup>156</sup> STCE n° 11/70, de 17/12/1970. Pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970CJ0011:ES:PDF>

<sup>157</sup> STCE n° 22/70, de 31/03/1971. Pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970CJ0022:ES:PDF>

<sup>158</sup> Esta doctrina fue codificada por el Tratado de Lisboa y, hoy día, se encuentra recogida en el art. 216.2 TFUE.

<sup>159</sup> LENAERTS, KOEN & GUTIÉRREZ-FONS, JOSÉ A., 'El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso de integración europea', en JOSÉ M<sup>a</sup> BENEYTO PÉREZ, et al. (eds) *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea*. (Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012) pp. 35 y 44.

<sup>160</sup> En el FD 6 de la sentencia recaída en el caso Rewe, el TJCE argumentó que “los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario deben ejercitarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales según las modalidades establecidas por la norma nacional; que sólo podría ser de otro modo si estas modalidades y plazos hicieran imposible en la práctica el ejercicio de derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar”. STJCE n° 33/76, de 16/12/1976. Pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976CJ0033:ES:PDF>

<sup>161</sup> En el FD 5, de la citada sentencia, el TJCE declaró que “los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario deben ejercitarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales según las modalidades establecidas por la norma nacional; que sólo podría ser de otro modo si estas modalidades

A partir de los años 70, y dado el favorable y beneficioso resultado económico que esta fusión supuso para sus Estados miembros, la CEE empezó a crecer y ampliarse con la adhesión de nuevas naciones europeas, llegando en la actualidad a 28 el número de países que la conforman<sup>162</sup>. Paralelamente a este proceso de ampliación, tenían lugar avances en materia política, económica y social que han supuesto cambios en los sistemas jurídicos e institucionales, modificaciones, alteraciones, derogaciones y creación de nuevos Tratados para ir adaptándose a las nuevas realidades.

Las más importantes modificaciones fueron el Tratado de la Unión Europea, también llamado Tratado de Maastricht (1 de enero de 1992) por la ciudad en que se firmó, que constituye quizás el avance más importante en el proceso de creación de la UE, por el que se establecen normas claras para una moneda única y para la política exterior y de seguridad común, así como para el refuerzo de la cooperación en materia de justicia y asuntos de interior. Con este Tratado, la "Unión Europea" sustituye oficialmente a la "Comunidad Europea". También deben destacarse los Acuerdos de Schengen (26 de marzo de 1995) según los cuales los viajeros de todas las nacionalidades pueden visitar estos países sin control de pasaportes en las fronteras; el Tratado de Ámsterdam (17 de junio de 1997) que contiene disposiciones destinadas a reformar las instituciones europeas, dar más voz a Europa en el mundo, dedicar más recursos al empleo y aumentar los derechos de los ciudadanos; Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (29 de octubre de 2004) que pretendía simplificar el proceso de decisión democrático y el funcionamiento de una Europa de veinticinco países o más, pero que nunca llegó a entrar en vigor al no cumplirse el requisito de su ratificación por los 25 Estados firmantes; y, por último, el Tratado de Lisboa (13 de diciembre de 2007), que modifica los Tratados anteriores y cuyo objetivo es aumentar la democracia, la eficacia y la transparencia de la UE, y con ello, su capacidad para enfrentarse a desafíos globales como el cambio climático, la seguridad y

---

*y plazos hicieran imposible en la práctica el ejercicio de derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar". STJCE nº 33/76, de 16/12/976.*

<sup>162</sup> Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía y Suecia.

el desarrollo sostenible<sup>163</sup>.

Podemos concluir, por tanto, que, aunque fue la Primera Guerra Mundial la que recibió el nombre de “Gran Guerra”, es, a día de hoy, la Segunda Guerra Mundial, quien merecería tal calificativo dada su mayor envergadura y supuso una experiencia tan devastadora y traumatizante que explica el esfuerzo realizado para conseguir la unidad, estabilidad, paz y seguridad entre las naciones. Se hacía preciso ahuyentar cualquier posibilidad de una tercera guerra mundial y para ello era necesario actuar no con meras declaraciones de intenciones sino con instrumentos, hechos y acciones concretas y prácticas<sup>164</sup>, tratando con ello de diluir los intereses particulares de las naciones soberanas en pos de un interés común que garantice aquellos ideales. Lo que empezó siendo una “simple” unión basada en intereses económicos<sup>165</sup>, ha alcanzado tan altas y extensas cotas, no sólo en ese ámbito (el euro se ha convertido desde su creación en la segunda moneda más importante del mundo —tras el dólar de Estados Unidos— y no ha cesado de ganar terreno debido a la confianza en la estabilidad económica de la Eurozona<sup>166</sup>) sino en multitud de campos que nos afectan en nuestros sistemas políticos y jurídicos, es decir, que ha alcanzado tal trascendencia que afecta incluso a aquellas

---

<sup>163</sup> Vid. Pág. Web de la UE: [http://europa.eu/about-eu/eu-history/1990-1999/index\\_es.htm](http://europa.eu/about-eu/eu-history/1990-1999/index_es.htm) y [http://europa.eu/about-eu/eu-history/2000-2009/index\\_es.htm](http://europa.eu/about-eu/eu-history/2000-2009/index_es.htm). Visitada el 01/03/2014.

<sup>164</sup> Jean Monnet afirmó, a este respecto, que “Europa no se hará de golpe ni mediante una construcción global: se hará mediante realizaciones concretas que creen primero una solidaridad de hecho”. MONNET, JEAN, *Memorias*, (Encuentro. Instituto Universitario de Estudios Europeos CEU, Madrid, 2010) p. 341. Traducción realizada por José M<sup>a</sup> Martínez García.

<sup>165</sup> Aunque está universalmente reconocido que el origen de la UE se debió a motivos económicos, es lo cierto que, como bien argumenta Weiler, es un falso mito, ya que, en realidad “desde su inicio los objetivos fundamentales del proyecto eran objetivos políticos que habrían de ser atendidos a través de instrumentos económicos” y basa su argumentación en el Preámbulo del TCECA que considera que “*la paz mundial sólo puede salvaguardarse mediante esfuerzos creadores proporcionados a los peligros que la amenazan*”. WEILER, J.H.H., 'Nous ne coalisons pas des états - nous unissons des hommes: objetivos, valores y principios políticos de la Unión Europea', en JOSE M<sup>a</sup> BENEYTO PEREZ, et al. (eds) *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea* (Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009) p. 405.. Este origen político a través de instrumentos económicos, se ve muy bien en las memorias de Jean Monnet, MONNET, JEAN, *Memorias*, (Encuentro. Instituto Universitario de Estudios Europeos CEU, Madrid, 2010) esp. pp. 251 y ss. Traducción realizada por José M<sup>a</sup> Martínez García.

<sup>166</sup> FERNÁNDEZ NAVARRETE, DONATO, 'Modelo económico de la Unión Europea: fundamentos y limitaciones', *Información Comercial Española, ICE, Revista de economía*, nº 820 (2005). p. 28

áreas intrínsecamente ligadas a la soberanía estatal y tradicionalmente propias de cada nación, llegando a situarse en la cabeza de la política mundial en algunos sectores, como es la protección del medio ambiente. Por otra parte, parece que el axioma “la unión hace la fuerza” inspira el espíritu de la Unión Europea pues, a pesar del impacto antes mencionado sobre algunas de las esferas nacionales más “íntimas”, el número de Estados miembros no ha parado de crecer desde su creación, pasando de 6 en 1951 a 28 en la actualidad.

## **2.2. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO COMUNITARIO**

Es doctrina unánime que actualmente no existe un Derecho Penal Comunitario *strictu sensu*. Así lo manifiestan, por ejemplo, Silva Sánchez, para quien “en la actualidad no existe todavía una *legislación penal europea* en sentido estricto”<sup>167</sup>, John Vervaele, quien reconoce que “pese a la importante europeización del Derecho penal, (...) estamos aún demasiado lejos de una política penal europea”<sup>168</sup>, Sgubbi quien por su parte escribía que “ para alguno (...) el Derecho penal comunitario, como rama autónoma y especial del Derecho comunitario, no existe”<sup>169</sup>, Mateos Rodríguez-Arias, que afirma que “el primer punto del que hay que partir, es que, dado el actual grado de desarrollo de la Unión Europea, no puede hablarse de un Derecho penal comunitario”<sup>170</sup>, De la Mata Barranco, que habla de la “inexistencia de un Derecho comunitario específicamente penal”<sup>171</sup>, o Viñas Farré, para quien “ en la situación actual, sólo

---

<sup>167</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica', *Revista penal*, 13 (2004). p. 138.

<sup>168</sup> VERVAELE, JOHN A.E., 'La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea', *Revista penal*, 15 (2005). p. 169.

<sup>169</sup> SGUBBI, FILIPPO, 'Derecho penal comunitario', Cuadernos de política criminal, 58 (1996). p. 90

<sup>170</sup> MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1998) p. 39.

<sup>171</sup> DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, 'Derecho comunitario y derecho estatal en la tutela del ambiente', *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2 (2004). [http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc\\_02-04.html](http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_02-04.html).

podría hablarse del Derecho penal de la Unión Europea como una mera forma reforzada del Derecho penal internacional”<sup>172</sup>, entre otros.

Estos comentarios se deben a que en los Tratados constitutivos no existen preceptos que reconozcan una atribución de competencias a los órganos comunitarios en materia penal ni, por tanto, una potestad legislativa penal. Ello era así por respeto al principio de territorialidad y a la soberanía estatal propio del Derecho internacional. Sobre esta base, la Comisión, en su 8ª Informe general sobre la actividad de las Comunidades Europeas y en su punto 145, afirmó que el Derecho penal “*no entra, en sí mismo, dentro de la esfera de competencias de la Comunidad, sino que permanece como competencia de cada Estado miembro. En el momento actual, el problema de la armonización del Derecho penal de los Estados miembros, de manera general, todavía no se ha cuestionado*”<sup>173</sup>, y el Tribunal de Justicia, en 1984, reconoció que “*las instituciones comunitarias acusadas no son competentes para poner fin, mediante un acto propio, a la detención de una persona o de afectar directamente, de cualquier otra forma, a su situación jurídica dentro del ámbito del Derecho penal nacional*”<sup>174</sup>.

Sin embargo, aquella negación de la existencia de un Derecho penal comunitario se ve matizada también de forma unánime por la posibilidad que tiene el Derecho comunitario de incidir directa o indirectamente en la creación de preceptos penales en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros, advirtiéndose “evidentes tendencias hacia la aproximación del Derecho penal de los países de la Unión Europea”<sup>175</sup>, observándose “día a día, una mayor interrelación entre el Derecho comunitario y el Derecho penal de los Estados miembros”<sup>176</sup> y reconociéndose que

---

<sup>172</sup> VIÑAS FARRÉ, RAMÓN, 'Introducción', en NATACHA GONZÁLEZ VIADA (ed) *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional* (Marcial Pons, Madrid, 2009) p. 11.

<sup>173</sup> Vid. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES, *Huitième rapport général sur l'activité des Communautés Européennes en 1974*, Bruselas - Luxemburgo, 1975) pp. 87-88.

<sup>174</sup> Auto del TJCE de 17 de octubre de 1984, causas 83 y 84/84, N.M. contra la Comisión y el Consejo de la Comunidad Europea. Pág. Web de la UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984CO0083:FR:PDE>, p. 3575.

<sup>175</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica', *Revista penal*, 13 (2004). p. 138.

<sup>176</sup> VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'Avanzando hacia un derecho penal ambiental comunitario', en ANTONIO VERCHER NOGUERA (ed) *Derecho europeo ambiental: La protección del medio ambiente en la*



“actualmente es innegable la afectación de los Derechos penales nacionales por parte de la normativa comunitaria”<sup>177</sup> y que “la incidencia del Derecho de la Unión Europea en los Derechos penales internos es decisiva y creciente”<sup>178</sup>. A este respecto, ya en 1996, Sgubbi escribía: “la posición es, sin duda, demasiado drástica: de hecho, ya hoy es posible encontrar organismos comunitarios dotados de poderes represivos y es posible, del mismo modo, localizar hipótesis de sanción penal prevista para violaciones de la normativa comunitaria; además se dan supuestos en que los instrumentos legislativos denominados de segundo grado (...) adquieren una inmediata operatividad penal”<sup>179</sup> e, incluso un año antes, Cuerda Riezu distinguía entre un *ius puniendi* positivo, en el sentido de creación de normas, y un *ius puniendi* negativo o *ius non puniendi*, “en el sentido de que un órgano sea capaz de desincriminar conductas o de reducir el ámbito de lo ya prohibido penalmente”, y si bien reconocía que “es cierto que los órganos comunitarios carecen de competencia para crear un Derecho penal de ámbito comunitario, esto es, uniforme para todos los Estados miembros, con un Código penal común y con unos tribunales y funcionarios de prisiones comunes, porque los Tratados no los legitiman para ello”, también estimaba que “es falso que los órganos comunitarios carezcan de *ius puniendi* en el ámbito nacional o de los Estados miembros, porque (..) el Derecho de las Comunidades incide negativa y positivamente en la legislación penal de tales Estados”<sup>180</sup>.

---

*Unión Europea. Aspectos críticos.* (Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007) p. 52.

<sup>177</sup> ESTRADA CUADRAS, ALBERT, 'Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005', *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 341 (abril 2006). p. 3

<sup>178</sup> Explica Pedreira González que “aparte de su función de complemento e integración de los preceptos penales internos, sobre todo en el caso de leyes penales en blanco, las normas comunitarias, en ocasiones, prevén que la protección penal llevada a cabo por los Estados miembros se extienda a los intereses comunitarios, pudiendo orientar los ordenamientos penales internos”. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX M<sup>a</sup>, 'El perfeccionamiento de la tipicidad del fraude de subvenciones', en FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, et al. (eds) *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 611.

<sup>179</sup> SGUBBI, FILIPPO, 'Derecho penal comunitario', *Cuadernos de política criminal*, 58 (1996). p. 90

<sup>180</sup> CUERDA RIEZU, ANTONIO, '¿Ostenta ius puniendi las Comunidades Europeas?', en GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, et al. (eds) *Hacia un Derecho penal económico europeo* (Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995) pp. 624-625.

Más recientemente, De la Cuesta Arzamendi declara que “no significa en modo alguno que la normativa comunitaria sea o haya sido irrelevante desde el prisma del Derecho penal: por el contrario las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho penal, aunque “conflictivas”, no sólo existen, sino que sus efectos positivos y negativos” continúan siendo progresivamente crecientes”<sup>181</sup>. Es por ello que, hoy día, quepa hablar de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho Comunitario, porque, como señala Prats Canut, la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho penal de los Estados miembros es una cuestión que sigue generando grandes dudas, “ya sea desde la óptica legislativa, lo que comprende tanto la creación de normas penales propiamente comunitarias como la influencia directa del Derecho comunitario sobre las legislaciones penales de los Estados miembros a través de técnicas de armonización y asimilación; ya sea desde la óptica aplicativa, entendida como la incidencia indirecta del Derecho comunitario sobre el Derecho penal a partir de la interpretación y aplicación de los preceptos penales nacionales”<sup>182</sup>.

Como bien reconoce Sanz Hermida, “la consecución de una política criminal coordinada con alcance trasnacional es una necesidad que ha venido impuesta por el devenir de las relaciones entre Estados y, específicamente, por la propia evolución de la actual UE (...) En el ámbito de la UE esta necesaria colaboración se ha visto en los últimos años acelerada por dos hechos fundamentales: los avances en la construcción europea y la búsqueda de instrumentos verdaderamente eficaces en la lucha contra el crimen”<sup>183</sup>. En el mismo sentido, Quintero Olivares afirma que “hoy no se pone en duda que el espacio judicial europeo es una necesidad ineludible”<sup>184</sup>. Efectivamente, desde los comienzos de la Comunidad, se vio como las soluciones nacionales resultaban insuficientes para hacer frente a los problemas derivados de delitos con elementos de

---

<sup>181</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, 'Unión Europea, Derecho penal (ambiental) y Derecho comunitario', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *Técnicas de Investigación e infracciones medioambientales* (Estudios de Derecho judicial, nº 75, Madrid, 2005) p. 85.

<sup>182</sup> PRATS CANUT, JOSÉ MIGUEL, et al., *Derecho penal ambiental y Derecho comunitario. La Directiva IP*, (Aranzadi, Navarra, 2002) p. 123.

<sup>183</sup> SANZ HERMIDA, ÁGATA Mª, 'El futuro espacio europeo de justicia penal', *Revista del Poder Judicial*, nº 71 (2003). pp. 176 y 177.

<sup>184</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO, 'Derecho penal y Unión Europea: territorio y competencia. El Espacio Judicial Europeo', en *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos* (Estudios de Derecho judicial, nº 155, 2009) p. 658.

extranjería, lo que supuso que los Estados miembros tuvieran que abordar la mejora de los mecanismos de cooperación judicial penal entre ellos<sup>185</sup>, produciéndose varios intentos para introducir un sistema de Derecho penal en el ámbito comunitario, que han fracasado estrepitosamente. Destaca en particular el intento promovido por la comisión de la CEE en 1962<sup>186</sup>. En marzo de ese año, la Comisión Europea constituyó un grupo de trabajo dirigido por el penalista holandés Van Binsbergen y formado por expertos nombrados por los gobiernos de los Estados miembros y por funcionarios comunitarios, para la elaboración de un proyecto de “Convención sobre la investigación y represión penal de las infracciones al Derecho comunitario en el ámbito disciplinado por los reglamentos, las directivas, las decisiones y las recomendaciones de las Comunidades Europeas”<sup>187</sup>. Sin embargo, tras 4 años de trabajos que concluyeron en 1966, con la elaboración de un “Proyecto de Convenio General” en el que se regulaba la competencia jurisdiccional de los Estados miembros para el castigo de las infracciones comunitarias, la jerarquía de dichas competencias, disposiciones para la cooperación en la investigación de hechos punibles, problemas de asistencia judicial y normas para la ejecución de sentencias penales en un Estado miembro diferente del que las dictara<sup>188</sup>, el proyecto fue abandonado por la retirada de la delegación francesa, que veía una peligrosa limitación de la soberanía nacional por dos cuestiones: La primera, por la existencia de preceptos orientados a impedir que pudieran existir varios procedimientos paralelos en diferentes Estados miembros por el mismo hecho, con la posibilidad de que en algunos supuestos la competencia no atañese precisamente al Estado donde se hubiera cometido el delito, y la segunda, las disposiciones referentes a la ejecución de

---

<sup>185</sup> GÓNZALEZ VIADA, NATACHA, *Derecho penal y globalización*, (Marcial Pons, Madrid, 2009) p. 117.

<sup>186</sup> SGUBBI, FILIPPO, 'Derecho penal comunitario', *Cuadernos de política criminal*, 58 (1996). p. 91.

<sup>187</sup> Denominación utilizada por la Comisión en su respuesta a M. Vredeling en DOCE C 6 de 22/1/69, párrafo nº 1, p. 1: “*Les travaux entamés en 1962 en vue de conclure entre les Etats membres une convention concernant la recherche et la répression des infractions dans les matières prévues par des règlements, des directives et des décisions des Communautés européennes (...)*”.<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1969:006:0001:0009:FR:PDF>

<sup>188</sup> GRASSO, GIOVANNI, *Comunidades europeas y Derecho penal. Las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas penales de los Estados miembros*, (Servicio de publicaciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 1993) p. 229. Traducción realizada por Nicolás García Rivas.

sentencias penales extranjeras<sup>189</sup>. La Comisión se esforzó en retomar los trabajos, pero, según sus propias palabras, “sus esfuerzos resultaron infructuosos”, por lo que examinaron las posibilidades que ofrecía el TCEE para “regular ciertos problemas en materia de Derecho penal económico que deberían ser tratados prioritariamente”, en especial “las infracciones del Derecho comunitario y del Derecho nacional relativas a su ejecución” y “las infracciones contra el arancel aduanero común, las organizaciones de los mercados agrícolas y las disposiciones fiscales armonizadas o aún por armonizar”. Es más, la propia Comisión reconocía que “*el reglamento de la posición de los funcionarios de las Comunidades europeas desde el punto de vista del Derecho penal plantea numerosos y difíciles problemas de derecho que están actualmente en estudio*”<sup>190</sup>.

Existieron otros dos intentos, en 1972 y en 1974, de iniciativas de la Comisión para la creación de un proyecto de Estatuto penal de los funcionarios de la Comunidad Europea que, pese a que el contenido se caracterizaba por ser específico y sectorial, también fracasaron<sup>191</sup>. Y es que, como reconoce Terradillos Basoco, “el *ius puniendi* sigue jugando el papel simbólico de último reducto de una soberanía a la que no se

---

<sup>189</sup> MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1998) p. 40. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, 'La Unión Europea y su incidencia en los derechos penales nacionales', *La ley*, Tomo 2 (1995). p. 939. GRASSO, GIOVANNI, *Comunidades europeas y Derecho penal. Las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas penales de los Estados miembros*, (Servicio de publicaciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 1993) p. 230.

<sup>190</sup> Respuesta de la Comisión a la pregunta escrita de M. Vredeling publicada en DOCE C 6 de 22/1/69, p. 1. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1969:006:0001:0009:FR:PDF>

<sup>191</sup> SGUBBI, FILIPPO, 'Derecho penal comunitario', *Cuadernos de política criminal*, 58 (1996). p. 92, nota 7. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1998) p. 41. GRASSO, GIOVANNI, *Comunidades europeas y Derecho penal. Las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas penales de los Estados miembros*, (Servicio de publicaciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 1993) pp. 230-231. Traducción realizada por Nicolás García Rivas. No opina lo mismo Irunzun Montoro quien, sin negar la participación de Giscard d'Estaing, considera que el “paso definitivo y motor de aceleración de este proceso creador” es la adopción del Acuerdo de Schengen por los socios fundadores de las Comunidades Europeas (Benelux, Francia y Alemania). IRUNZUN MONTORO, FERNANDO, 'La Convención Europea. Líneas de desarrollo en materia de cooperación judicial penal', en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*. (Cuadernos de Derecho judicial nº 13, 2003) p. 511.

quiere o no se puede aún renunciar”<sup>192</sup>.

El verdadero artífice del actual “espacio judicial europeo” fue Valéry Giscard d’Estaing<sup>193</sup>, quien ya manifestó, siendo entonces Presidente de Francia, en la reunión del Consejo celebrada en Bruselas, los días 5 y 6 de diciembre de 1977, su aspiración a crear un “espacio judicial europeo”<sup>194</sup>. Aunque la conclusión del Consejo fue que había “tomado nota con interés de una comunicación del Presidente de la República francesa relativa al desarrollo de la cooperación judicial entre los Estados miembros” y que dicho presidente había “pedido que fueran activamente examinadas las propuestas que se habían presentado a tal efecto”<sup>195</sup>, en su momento este proyecto no llegó a ver la luz, debido, por un lado, a la oposición o falta de interés de los Estados miembros y, por otro, a la oposición del propio Consejo que temía un freno en la evolución económica si se establecían dos sistemas paralelos<sup>196</sup>.

Tras este fracaso siguieron algunos otros intentos fallidos más, aunque no todos fueron así: En 1985 los Estados miembros en aquel entonces firmaron el Acuerdo

---

<sup>192</sup> TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 'Sistema penal y criminalidad internacional', en *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos "in memoriam"* (Ediciones Universidad Castilla La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001) pp. 754-755.

<sup>193</sup> El Tratado de Niza preveía en la Declaración relativa al futuro de la Unión anexa la aprobación de una Declaración en el Consejo Europeo de Laeken, Bélgica, de diciembre de 2001, que precisara los temas y métodos para lograr las reformas institucionales necesarias a dicho futuro. En la mencionada Declaración se convocó una “Convención europea” que redactó el Proyecto de Constitución Europea, siendo, precisamente, Giscard d’Estaing el elegido por el Consejo para ostentar su presidencia. *Vid.* Pág. Web de la UE: [http://europa.eu/scadplus/european\\_convention/introduction\\_es.htm](http://europa.eu/scadplus/european_convention/introduction_es.htm) y EUROPEA, UNIÓN, *Una Constitución para Europa. Roma 29-10-2004*, (Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2004) p. 2.

<sup>194</sup> *Vid.* VASALLI, GIULIANO, 'Luces y sombras en el espacio judicial europeo', en *Homenaje a Ricardo Franco, 50 años de vida académica* (Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F., 2008) p. 705. GÓNZALEZ VIADA, NATACHA, *Derecho penal y globalización*, (Marcial Pons, Madrid, 2009) p. 118.

<sup>195</sup> Punto VIII de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo de Europa, Bruselas, 5-6/12/1977. Pág. web de la UE: [http://www.european-council.europa.eu/media/849662/bruxelles\\_decembre\\_1977\\_fr\\_.pdf](http://www.european-council.europa.eu/media/849662/bruxelles_decembre_1977_fr_.pdf)

<sup>196</sup> *Vid.* GÓNZALEZ VIADA, NATACHA, *Derecho penal y globalización*, (Marcial Pons, Madrid, 2009) p. 118. SÁNCHEZ EGIDO, ÁNGEL, 'La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales', *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, nº 14 (2007). p. 3

Schengen para la supresión de los controles fronterizos<sup>197</sup>, que contiene disposiciones relativas a la cooperación policial y judicial penal, aunque, eso sí, de carácter muy tradicional<sup>198</sup> y limitado. Más tarde, en 1992, se firma el Tratado de Maastricht constitutivo de la UE, que proclama entre sus objetivos “*desarrollar una comunicación estrecha en el sector de la Justicia y los asuntos de interior*”<sup>199</sup>, dedicando a ello su Título VI. En concreto el art. K.1 establecía los ámbitos que debían considerarse de interés común a los Estados miembros, citando en su punto 7 “*la cooperación judicial en materia penal*” y en el 9 “*la cooperación policial para la prevención y lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional*”<sup>200</sup>. Este Tratado supone la creación del denominado “Tercer Pilar”, dedicado precisamente a la Justicia y los asuntos de interior, que representa el primer paso en la instauración de un Espacio Judicial Penal Europeo<sup>201</sup>.

Como paréntesis a este recorrido histórico conviene aclarar que en aquellos momentos, la búsqueda de un espacio jurídico unitario sólo se circunscribía a los intereses económicos y financieros, centrándose sobre todo en los delitos de fraude. Buen ejemplo de ello lo constituye el “proyecto de *Corpus Iurus*” que se elaboró en aquellos años. Como señala Jescheck, al hablar de este proyecto, ya “Sieber llegó a recomendar la constitución, en el ámbito de la Unión Europea, de un espacio jurídico europeo”. Continúa explicando este autor que la propuesta de Sieber fue retomada, reformulada y ampliada en el contexto de un ambicioso proyecto para la tutela de los intereses financieros de la Unión, elaborado por un grupo de expertos independientes presididos por la profesora Delmas-Marty. Este proyecto fue titulado “*Corpus Iuris* sobre disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea”<sup>202</sup> y, como decíamos, preveía un Derecho penal unitario de los Estados

---

<sup>197</sup> DOCE n° L 239 de 22/09/2000 p. 0019 – 0062. Pág. Web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922%2802%29:ES:HTML>

<sup>198</sup> Vid. GÓNZALEZ VIADA, NATACHA, *Derecho penal y globalización*, (Marcial Pons, Madrid, 2009) p. 6.

<sup>199</sup> DOCE n° C 191 de 29/07/1992, p. 4. Pág. Web EU: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1992:191:FULL:ES:PDF>

<sup>200</sup> *Ibidem*. p. 61.

<sup>201</sup> Vid. GÓNZALEZ VIADA, NATACHA, *Derecho penal y globalización*, (Marcial Pons, Madrid, 2009) p. 121.

<sup>202</sup> Se puede encontrar un estudio más profundo sobre este proyecto en GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, 'La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (El proyecto Corpus

miembros para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea en el ámbito de un espacio judicial único europeo, con el propósito de posibilitar la persecución penal de los delitos que dicho proyecto contempla sin el obstáculo de las fronteras estatales<sup>203</sup>. Y es que, con Quintero Olivares, podemos definir el espacio judicial europeo como “el fruto de diferentes procesos paralelos: el reconocimiento mutuo de todas las resoluciones judiciales, la armonización de los sistemas nacionales, de Derecho penal y procesal penal, y de Derecho privado, la plena cooperación y auxilio judicial y policial, y, como no, la concreción de un alto volumen de intereses comunes protegidos con similar técnica de tipificación y castigo”<sup>204</sup>.

Pronto se vio que el Tratado de Maastricht resultaba insatisfactorio por considerarlo insuficiente en el sector de la Justicia penal<sup>205</sup>. Hubo que esperar al Tratado de Ámsterdam, que reformulaba el mencionado “Tercer Pilar” y fijaba como objetivo prioritario de la UE el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia, la cooperación policial y judicial, para su consecución y la aproximación cuando proceda de las legislaciones penales<sup>206,207</sup>.

---

Iuris)', *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 6 (2000). passim. y en DELMAS-MARTY, MIREILLE & VERVAELE, JOHN A.E., *Un Derecho penal para Europa: Corpus Iuris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, (Dykinson, Madrid, 2004) pp. 14 y ss.

<sup>203</sup> JESCHECK, HANS HEINRICH, 'Possibilità e limiti di un Diritto penale per la protezione dell'Unione Europea', en LORENZO PICOTTI (ed) *Possibilità e limiti di un Diritto penale dell'Unione Europea* (Giuffrè editore. Pubblicazioni del Centro di Diritto penale europeo Catania, Milán, 1999) p. 27. Traducción (al italiano) realizada por el Dr. Luigi Foffani.

<sup>204</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO, 'Derecho penal y Unión Europea: territorio y competencia. El Espacio Judicial Europeo', en *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos* (Estudios de Derecho judicial, nº 155, 2009) pp. 659 y 660.

<sup>205</sup> Vid. VASALLI, GIULIANO, 'Luces y sombras en el espacio judicial europeo', en *Homenaje a Ricardo Franco, 50 años de vida académica* (Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F., 2008) p. 708.

<sup>206</sup> DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, 'Sobre la armonización de las sanciones en la Unión Europea', *Revista penal*, nº 16 (2005). p. 44. SÁNCHEZ EGIDO, ÁNGEL, 'La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales', *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, nº 14 (2007). p. 3. IRUNZUN MONTORO, FERNANDO, 'La Convención Europea. Líneas de desarrollo en materia de cooperación judicial penal', en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*. (Cuadernos de Derecho judicial nº 13, 2003) p. 512. BLASCO LOZANO, IGNACIO, 'Armonización del Derecho penal material y procesal: La aproximación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la

Sin embargo, no fue hasta el Plan de Acción de Viena<sup>208</sup> y Consejo de Europeo de Tampere<sup>209</sup>, cuando se dio un “impulso decisivo a la creación de un Espacio Judicial Europeo”<sup>210</sup> y se vieron “evolucionar realmente los instrumentos de cooperación”<sup>211</sup>. Efectivamente, el Plan de Acción de Viena, en la conclusión X de la Presidencia, sostiene que “*el Consejo Europeo ha suscrito el plan de acción del Consejo y la Comisión por el que se establece un espacio de libertad, seguridad y justicia, que abre una nueva dimensión para la acción en el ámbito de la Justicia y Asuntos de Interior tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y que establece un marco concreto*

---

Unión Europea', en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*. (Cuadernos de Derecho judicial nº 13, 2003) p. 261.

<sup>207</sup> Art. K.1 del Tratado de Ámsterdam: “*Sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal. (...) - la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en la letra e) del artículo K.3*”. Vid. pág. web UE:

<http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html#0132030024>

<sup>208</sup> Plan de acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Pág. Web UE: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/other/133080\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/other/133080_es.htm)

<sup>209</sup> Celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999. Pág. Web UE: [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm)

<sup>210</sup> DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, 'Sobre la armonización de las sanciones en la Unión Europea', *Revista penal*, nº 16 (2005). p. 45. En el mismo sentido, SÁNCHEZ EGIDO, ÁNGEL, 'La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales', *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, nº 14 (2007). p. 3. En cuanto a la cooperación, opina Terradillos Basoco que “ha garantizado el respeto al principio de legalidad y a las exigencias de la soberanía nacional en materia penal, y es idónea para impulsar la intervención penal a los más diversos sectores, y no sólo a los de competencia comunitaria”, aunque no deja de reconocer también que “la cooperación comporta el riesgo, constatado experimentalmente, de convertirse, a base de protocolos adicionales a convenios firmados pero no ratificados, en inútil muro de papel frente a una criminalidad real y en expansión”. TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 'La Constitución para Europa: un reto político-criminal', *revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 9, nº 20 (2005). pp. 27-28.

<sup>211</sup> GÓNZALEZ VIADA, NATACHA, *Derecho penal y globalización*, (Marcial Pons, Madrid, 2009) p. 121. En el mismo sentido, SÁNCHEZ EGIDO, ÁNGEL, 'La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales', *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, nº 14 (2007). p.



*para desarrollar actividades en dicho ámbito”, “El Consejo Europeo ha hecho un llamamiento para que se preste especial atención a la creación de un espacio judicial europeo, de conformidad con el Tratado de Amsterdam y dotado de los necesarios instrumentos para una cooperación judicial y policial eficaz, en particular en el espacio de Schengen, así como a la continuación del desarrollo del papel de Europol como herramienta operativa para que los Estados miembros luchen contra la delincuencia organizada y desarrollen una estrategia global sobre la migración” y “Ha instado al Consejo a que resuelva las cuestiones pendientes relativas al proyecto de Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal”<sup>212</sup>, remitiendo al Consejo Europeo de Tampere para la evaluación de los avances registrados y para marcar “las pautas que deberán seguir las acciones de la Unión en los ámbitos de la Justicia y los Asuntos de Interior”<sup>213</sup>.*

Por su parte, respecto del Consejo de Tampere, la Presidencia concluye que “*el Consejo Europeo está resuelto a que la Unión se convierta en un espacio de libertad, seguridad y justicia, utilizando plenamente las posibilidades que ofrece el Tratado de Ámsterdam*”, y manifiesta asimismo que “*el ejercicio de la libertad requiere un auténtico espacio de justicia en el que las personas puedan recurrir a los tribunales y a las autoridades de cualquier Estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio. Debe evitarse que los delincuentes encuentren la forma de aprovecharse de las diferencias existentes entre los sistemas judiciales de los Estados miembros. Las sentencias y resoluciones deben respetarse y ejecutarse en toda la Unión, salvaguardando al mismo tiempo la seguridad jurídica básica de las personas y de los agentes económicos. Hay que lograr que aumenten la compatibilidad y la convergencia de los sistemas judiciales de los Estados miembros*”<sup>214</sup>. Además, considerando la

---

<sup>212</sup> Convenio de 29 de mayo de 2000 relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE (Convenio 2000), DOCE 197 de 12/7/2000. Sobre este Convenio *vid.* PALOMO DEL ARCO, ANDRÉS, 'Convenio 2000. Ámbito de aplicación y relación con otros convenios', en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*. (Cuadernos de Derecho judicial nº 13, 2003) pp. 44 - 108, especialmente en pp. 66 y ss.

<sup>213</sup> Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Viena de 11 y 12 de diciembre de 1998, Título X, puntos 83, 84, 88 y 93 respectivamente. *Vid.* [pág. web UE: http://www.europarl.europa.eu/summits/wiel\\_es.htm#10](http://www.europarl.europa.eu/summits/wiel_es.htm#10)

<sup>214</sup> Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere. Introducción y punto 5, respectivamente. Además dedica todo su apartado B, puntos 28 y ss. a lograr “*Un auténtico Espacio*

“estrecha relación con el espacio de libertad, seguridad y justicia, el Consejo Europeo ha acordado la composición, método de trabajo y disposiciones prácticas del órgano competente para la elaboración del proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, adjuntando un anexo con la composición, método de trabajo y disposiciones prácticas para su elaboración. Esta Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión. Posteriormente, en diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados, por lo que la Carta fue enmendada y proclamada por segunda vez en diciembre de 2007<sup>215</sup>. Es decir, parece que en Tampere se encuentra la “fórmula mágica” para poder compatibilizar el deseo de la cooperación judicial penal en el ámbito europeo con las tradicionales reticencias de cada Estado miembro a ceder parcelas de su soberanía, como aquella referente al contenido y límites del *ius puniendi*, y esta fórmula mágica<sup>216</sup> no es otra que el principio de reconocimiento mutuo<sup>217</sup>, ya que

---

*Europeo de Justicia*” que incluye los subapartados V a VII dedicados, respectivamente, a mejorar la accesibilidad a la justicia en el ámbito de la UE, al “reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales” y a una “mayor convergencia en Derecho civil”. En concreto se refiere a la materia penal en el punto 35 (subapartado VI), en el que señala que “el Consejo Europeo insta a los Estados miembros a que ratifiquen con celeridad los Convenios de extradición de la UE de 1995 y 1996. Considera que el procedimiento formal de extradición debe suprimirse entre los Estados miembros en el caso de las personas condenadas por sentencia firme que eluden la justicia, y sustituirse por el mero traslado de dichas personas, de conformidad con el artículo 6 del TUE. También deben considerarse procedimientos acelerados de extradición, respetando el principio de juicio justo. El Consejo Europeo invita a la Comisión a que formule propuestas en ese sentido, a la luz del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen”. Vid. pág. web UE: [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm)

<sup>215</sup> Vid. un síntesis acerca de la historia y contenido de la Carta en la pág. web UE: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/combating\\_discrimination/133501\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/133501_es.htm) y la Carta, publicada en el DOCE C 83/02 de 30/03/2010, pp. 389 y ss., en la pág. web de la UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:ES:PDF>

<sup>216</sup> Expresión acuñada por SÁNCHEZ EGIDO, ÁNGEL, 'La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales', *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, nº 14 (2007). p. 3

<sup>217</sup> “Un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales. Por consiguiente, el Consejo Europeo hace suyo el principio del reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión. El principio debe aplicarse tanto a las sentencias como a otras resoluciones de

el mismo se fundamenta en la confianza recíproca entre los Estados miembros y en que sus diferentes normativas internas se consideran equivalentes, pues lo contrario supondría un impedimento para la eficaz aplicación de las resoluciones judiciales penales en la UE<sup>218</sup>. Así las cosas, en 2002 se adopta la Decisión Marco sobre la orden

---

*las autoridades judiciales*”. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Viena de 11 y 12 de diciembre de 1998, Título VI, punto 33. Vid. pág. web UE: [http://www.europarl.europa.eu/summits/wiel\\_es.htm#10](http://www.europarl.europa.eu/summits/wiel_es.htm#10). Sin embargo, Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, consideran que este principio pudiera ser censurable porque, paradójicamente, supone “un freno en el caminar hacia la conquista de un Derecho penal europeo”. Explican esta aseveración citando al maestro Bacigalupo, según el cual, “el principio de reconocimiento mutuo es un reconocimiento de que no se quiere un «Derecho penal europeo», porque si existieran Leyes marco europeas regulando hechos punibles, no sería necesario el reconocimiento mutuo, porque éste sería consecuencia de la validez espacial de las normas en todo el territorio de la Unión Europea”. Expresan asimismo sus dudas, respecto del reconocimiento mutuo, “sobre si éste debe entenderse conforme al principio de cómputo (se reconoce la sentencia extranjera para computarla y deducirla de la sanción que se imponga) o al principio de la resolución definitiva (*non bis in idem*). El Acuerdo Schengen (19 de junio de 1990, arts. 54-56) sigue el criterio del cómputo y admite un doble enjuiciamiento cuando se trate de defender la seguridad del Estado y ha sido considerada válida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Oliveira vs. Suiza*)”. No obstante esto, más adelante, y “en defensa del principio de reconocimiento mutuo”, reconocen que la mayoría de los tipos delictivos a que se refiere se encuentran recogidos en todos los Códigos penales, que favorece al afectado por apreciación del *non bis in idem* y de cosa juzgada (incluso aunque fuera una condena administrativa previa), que contiene un incremento de garantías o de posibilidades de resocialización y que redundan en mayor eficacia (apreciación de la reincidencia por condenas europeas, por ejemplo) y agilidad”. BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL & BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA, *Derecho penal económico*, 2ª edición, (Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010) pp. 65 (nota 67), 66 y 68. De igual manera, González Viada considera peligroso “dejar todo el peso de la cooperación en materia penal en el frágil soporte del reconocimiento mutuo sin avanzar en una armonización que permita reforzar la confianza mutua”. GÓNZALEZ VIADA, NATACHA, *Derecho penal y globalización*, (Marcial Pons, Madrid, 2009) p. 136. También Gómez-Jara explica cómo en los últimos tiempos la consideración de este principio como pilar básico para la existencia de un Derecho penal europeo ha sido objeto de fuertes críticas, sobre todo en Alemania donde ha llegado a ser calificado de “lobo con piel de cordero” o de “caballo de Troya”, y ello es así porque se produce un importante desequilibrio “entre el poder de persecución penal del Estado y las garantías de la libertad ciudadana”. GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS, 'Constitución europea y Derecho penal: ¿hacia un Derecho penal federal europeo?', en SILVINA BACIGALUPO & MANUEL CANCIO MELIÁ (eds) *Derecho penal y política transnacional* (Atelier, Barcelona, 2005) p. 171.

<sup>218</sup> Vid. SÁNCHEZ EGIDO, ÁNGEL, 'La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales', *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, nº 14 (2007). p. 4. En concreto explica este autor el citado principio de la siguiente manera: “de la misma manera que, en determinadas

europea de detención y entrega<sup>219</sup>, que sustituyó en este ámbito al sistema de extradición, y obligaba a cada autoridad judicial nacional (autoridad judicial de ejecución) a reconocer, *ipso facto*, y con controles mínimos, la solicitud de entrega de una persona formulada por una autoridad judicial de otro Estado miembro (autoridad judicial de emisión). Sin embargo, no obsta a que los Estados miembros puedan seguir aplicando y concluyendo acuerdos bilaterales o multilaterales en la medida en que faciliten o simplifiquen los procedimientos. La aplicación de estos acuerdos no deberá en ningún caso perjudicar las relaciones con los otros Estados miembros que no forman parte del acuerdo<sup>220</sup>. Por tanto, en el ámbito judicial penal, esta Decisión Marco sobre la euro-orden se considera “la primera, y más simbólica, medida de aplicación del principio de reconocimiento mutuo”<sup>221</sup>, principio que el Consejo de Tampere, como ya

---

condiciones, las legislaciones internas en materia de medioambiente, protección de la salud o protección de los consumidores no pueden obstaculizar la libre circulación de mercancías, las disparidades en la consideración criminal de las conductas punibles, la diversidad en los procedimientos de enjuiciamiento penal y las diferencias en los sistemas de garantía de los derechos fundamentales no pueden ser en sí mismas un obstáculo a la eficacia y ejecución de las resoluciones judiciales penales en toda la Unión Europea”.

<sup>219</sup> Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, adoptada en 2002 y publicada en el DOCE L190 de 18/7/2002, entró en vigor el 1 de enero de 2004. Puede consultarse en la pág. web de la UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:ES:PDF>

<sup>220</sup> Vid. pág. web UE:

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_criminal\\_matters/l33167\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/l33167_es.htm)

<sup>221</sup> Así se reconoce en el Informe de la Comisión basado en el art. 34 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, COM (2005) 63 final de 23/02/2005, punto 1. Pág. web de la UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0063:FIN:ES:PDF>. No obstante, Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese explican que la orden de detención y entrega es criticable por tres razones: “porque significa que un Estado puede ejecutar en su propio territorio pretensiones penales ajenas a su Derecho positivo, por el número de figuras delictivas (32 delitos) y porque no están convenientemente precisadas”, a las que se añaden otras 3 señaladas por el Tribunal Federal Constitucional alemán: “favorece el ordenamiento más punitivo sobre todo si se le añade la inexigencia de la doble incriminación, vulnera el principio de no entrega de los ciudadanos nacionales y carece de legitimación democrática”. BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL & BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA, *Derecho penal económico*, 2ª edición, (Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010) pp. 65-66.

anticipábamos, consideraba que debía ser “*la piedra angular de la cooperación judicial en materia (...) penal en la Unión*”<sup>222,223</sup>.

Junto al Plan de Acción de Viena y el Consejo de Tampere, el Plan de la Haya constituye el tercer dispositivo para el impulso del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia<sup>224</sup>. El Programa de La Haya<sup>225</sup> es un plan plurianual que recoge diez prioridades relativas a la renovación y refuerzo del espacio de libertad, seguridad y justicia durante los cinco años siguientes, y consta, asimismo, de un Plan de Acción para su aplicación en el que se plasman las prioridades políticas, se establecen los mecanismos para controlar su ejecución, su aplicación, evaluación y flexibilidad y se identifican las acciones concretas, destacando, entre otras, la conminación a utilizar, aprovechar y desarrollar Europol y Eurojust. Las diez prioridades que este Plan de Acción identifica son las siguientes: (1) Derechos fundamentales y ciudadanía: crear políticas de gran alcance. *Garantizar el pleno desarrollo de las políticas que controlen*

---

<sup>222</sup> En el párrafo 33 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere se estipula que “*Un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales. Por consiguiente, el Consejo Europeo hace suyo el principio del reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión. El principio debe aplicarse tanto a las sentencias como a otras resoluciones de las autoridades judiciales*”. Pág. web UE: [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm)

<sup>223</sup> A este respecto realiza Sánchez Egido un interesante recordatorio del papel jugado por España en la adopción de la mencionada Decisión Marco a causa de los problemas que la extradición de presuntos etarras seguía suscitando, lo que motivó que en la Conferencia Intergubernamental de 1996 propusiera restringir estrictamente la posibilidad de asilo a nacionales de Estados miembros de la UE y la eliminación de la extradición. Vid. SÁNCHEZ EGIDO, ÁNGEL, 'La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales', *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, nº 14 (2007). p. 5, nota 15.

<sup>224</sup> GÓNZALEZ VIADA, NATACHA, *Derecho penal y globalización*, (Marcial Pons, Madrid, 2009) p. 124.

<sup>225</sup> El Programa de la Haya está contenido en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005: “Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia”, [COM (2005) 184 final]. Publicada en el DOCE C 236, de 24/09/2005. Pág. Web UE:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0184:FIN:ES:PDF>. Una síntesis de dicho Programa y su Plan de Acción se encuentra en la pág. Web de la UE: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/human\\_rights/fundamental\\_rights\\_within\\_european\\_union/116002\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/116002_es.htm)

y fomenten el respeto de los derechos fundamentales para todo el mundo y de las que enriquezcan el contenido de la ciudadanía. (2) Lucha contra el terrorismo: trabajar en pos de una respuesta global. *Se debe prestar especial atención a los diferentes aspectos de la prevención, la preparación y la respuesta con objeto de mejorar, y en caso necesario complementar, las capacidades de los Estados miembros para luchar contra el terrorismo, en aspectos pertinentes tales como la contratación de personal, la financiación, el análisis de riesgos, la protección de infraestructuras básicas y la gestión de las consecuencias.* (3) Un espacio común de asilo: establecer un procedimiento armonizado y eficaz que respete los valores y la tradición humanitaria de la Unión. *Trabajar en pro del establecimiento de un espacio común de asilo teniendo en cuenta la tradición humanitaria y el respeto de las obligaciones internacionales de la Unión así como la eficacia de un procedimiento armonizado.* (4) Gestión de la migración; definición de un planteamiento equilibrado. *Definir un planteamiento equilibrado para la gestión de la migración mediante el desarrollo de una política de migración que aborde el problema de la migración legal a escala de la Unión, endureciendo al mismo tiempo la lucha contra la migración ilegal, el contrabando y la trata de seres humanos, especialmente de mujeres y niños.* (5) Integración: aprovechar al máximo el impacto positivo de la migración en nuestra sociedad y nuestra economía. *Desarrollar medidas de apoyo a los Estados miembros e implantar una política mejor en materia de integración que permita aprovechar al máximo el impacto positivo de la migración en nuestra sociedad y nuestra economía e impedir el aislamiento y la exclusión social de las comunidades de inmigrantes. Así se contribuirá a la comprensión y al diálogo entre religiones y culturas, basados en los valores fundamentales de la Unión.* (6) Fronteras interiores, fronteras exteriores y visados: desarrollo de una gestión integrada de las fronteras exteriores para una Unión más segura. *Desarrollar más una gestión integrada de las fronteras exteriores y una política de visados común garantizando al mismo tiempo la libre circulación de personas (contactos personales).* (7) Derecho a la intimidad y seguridad en la distribución de la información: lograr el equilibrio adecuado. *Lograr el equilibrio adecuado entre el derecho a la intimidad y la seguridad cuando se comparte información entre autoridades policiales y judiciales, apoyando y fomentando un diálogo constructivo entre todos los interesados con objeto de identificar unas soluciones equilibradas respetando al mismo tiempo los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos, así como el principio de disponibilidad de la información tal como*

*se contempla en el Programa de La Haya. (8) Delincuencia organizada: desarrollar un concepto estratégico. Desarrollar y poner en práctica un concepto estratégico en materia de lucha contra la delincuencia organizada a escala de la UE. Utilizar todas las posibilidades que ofrecen Europol y Eurojust y desarrollar ambas plenamente. (9) Justicia civil y penal: garantizar un espacio europeo eficaz de justicia para todos. Garantizar un espacio europeo de justicia garantizando el acceso eficaz a la justicia para todos y la ejecución de sentencias. La aproximación proseguirá, concretamente mediante la adopción de normas que garanticen un alto grado de protección de las personas, con objeto de crear una confianza mutua y de reforzar el reconocimiento recíproco que sigue siendo el elemento clave de la cooperación judicial. Mejorar el derecho contractual sustantivo de la UE. (10) Libertad, seguridad y justicia: compartir la responsabilidad y la solidaridad. Dar contenido práctico a los conceptos de responsabilidad y solidaridad compartidas entre los Estados miembros aportando unos recursos financieros adecuados que permitan contribuir a los objetivos de libertad, seguridad y justicia de la manera más eficaz”<sup>226</sup>.*

Actualmente, y como respuesta a lo decidido en el Consejo Europeo de Tampere y programado en La Haya, están en vigor el Programa específico de Justicia Penal y el Programa específico para la prevención y lucha contra la delincuencia, ambos vigentes desde el 1 de enero de 2007 y hasta el 31 de diciembre de 2013<sup>227</sup>.

El Programa específico de Justicia Penal se establece en virtud de la Decisión del Consejo 2007/126/JAI, de 12 de febrero de 2007<sup>228</sup>, y constituye uno de los 5 que se integran dentro del programa general Derechos Fundamentales y Justicia. El art. 1 señala que su objetivo es “contribuir al refuerzo del espacio de libertad, seguridad y

---

<sup>226</sup> Vid. pp. 6 y 7 de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia [COM (2005) 184 final]. DOCE C 236, de 24/09/2005.

<sup>227</sup> Se puede consultar una síntesis de los programas, legislación, acuerdos y acciones en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal visitando la pág. web de la UE: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_criminal\\_matters/index\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/index_es.htm)

<sup>228</sup> Publicado en el DOUE L 58, de 24 de febrero de 2007. Pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:058:0013:0018:ES:PDF>



justicia”, y el art. 2 señala como objetivos generales los siguientes: “a) *fomentar la cooperación judicial para contribuir a la creación de un auténtico espacio judicial europeo en el ámbito penal basado en el mutuo reconocimiento y en la confianza recíproca; b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros, en la medida necesaria para mejorar la cooperación judicial; promover una reducción de los actuales obstáculos legales al buen funcionamiento de la cooperación judicial, con objeto de reforzar la coordinación de las investigaciones y de aumentar la compatibilidad de los sistemas judiciales vigentes en los Estados miembros de la UE, a fin de posibilitar la adecuada actuación consecutiva a las investigaciones de los cuerpos y fuerzas de seguridad de los Estados miembros; c) mejorar los contactos y el intercambio de información y mejores prácticas entre autoridades legislativas, judiciales y administrativas y los profesionales de la justicia: abogados y otros profesionales que participen en la administración de justicia, y propiciar la formación de los miembros del poder judicial, a fin de aumentar la confianza recíproca; d) aumentar aún más la confianza mutua, con el fin de garantizar los derechos de las víctimas y de los acusados*”. El art. 3, por su parte, recoge los objetivos específicos a seguir, cuales son: “a) *favorecer la cooperación judicial en materia penal (...); b) mejorar el conocimiento recíproco de los sistemas jurídicos y judiciales de los Estados miembros en materia penal y promover y reforzar la constitución de redes, la mutua cooperación, y el intercambio y la difusión de la información, experiencias y mejores prácticas; c) velar por la adecuada ejecución y la correcta y concreta aplicación y evaluación de los instrumentos comunitarios en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal; d) mejorar la información sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y el acceso a la justicia; e) propiciar la formación sobre la Unión y el Derecho comunitario de los jueces, los abogados y otros profesionales que participen en la administración de la justicia; f) determinar las condiciones generales necesarias para desarrollar la confianza recíproca mejorando la comprensión mutua entre autoridades judiciales y sistemas judiciales diferentes, en particular, con vistas a la aplicación de las políticas de la UE en el ámbito de la justicia; g) crear y establecer un sistema informatizado de intercambio de información sobre los registros de penados y financiar estudios orientados al desarrollo de otros tipos de intercambio de información*”. La Comisión queda encargada del seguimiento y control financiero de las acciones que resulten del programa.



El Programa específico Prevención y lucha contra la delincuencia, que sustituye al programa marco relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal (AGIS)<sup>229</sup>, se establece en la Decisión del Consejo 2007/125/JAI, de 12 de febrero de 2007<sup>230</sup> y, aunque en su art. 3.3 se precisa que este programa “*no abordará las cuestiones relacionadas con la cooperación judicial*”, reconoce igualmente que “*no obstante, podrá cubrir acciones destinadas a propiciar la cooperación entre las autoridades judiciales y las fuerzas de seguridad*”, reconociendo en el art. 3.1 los cuatro aspectos temáticos a abordar: “*a) prevención de la delincuencia y criminología; b) represión del delito; c) protección y apoyo a los testigos; d) protección de las víctimas*”.

También, dada su actual vigencia, cabe citar el Plan de acción estadístico 2011-2015 para la evaluación de la criminalidad, que tiene por misión -dado que las estadísticas sobre la delincuencia y la justicia penal son instrumentos indispensables para la elaboración de políticas basadas en datos en esta materia en el ámbito de la UE- tras presentar los progresos y logros alcanzados en el quinquenio de 2006 a 2010, proponer un plan de acción que establezca las principales acciones a llevar a cabo entre 2011 y 2015 en esta área<sup>231</sup>. Este plan está recogido en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo titulada “La delincuencia en la UE en cifras: Plan de acción para las estadísticas 2011-2015”<sup>232</sup>.

Podemos citar como último -hasta ahora- escalón en el acercamiento a la consecución de un Derecho penal unitario, o al menos, de un marco judicial penal europeo consensuado, coordinado y conjunto, al Tratado de Lisboa<sup>233</sup>, gracias al cual la UE puede utilizar el Derecho penal para ejecutar mejor su políticas y normas de

---

<sup>229</sup> Establecida en la Decisión del Consejo 2002/630/JAI y publicada en el DOUE L 203, de 1/08/2002.

<sup>230</sup> Publicado en el DOUE L 58, de 12 de febrero de 2007. Pág. web de la UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:058:0007:0012:ES:PDF>

<sup>231</sup> Vid. pág. web UE: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_criminal\\_matters/jl0067\\_fr.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/jl0067_fr.htm)

<sup>232</sup> COM(2011) 713 final de 18/01/2012. No publicado en el DOUE. Pág. web de la UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0713:FIN:ES:PDF>

<sup>233</sup> Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. DOUE C306 DE 17/12/2007. Pág. web de la UE: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:ES:HTML>

protección de sus ciudadanos, y ello porque el art. 83.1 reconoce el derecho de la UE a adoptar directivas que establezcan las reglas mínimas concernientes a la definición de las infracciones penales, es decir, las reglas que precisan los comportamientos considerados delitos, así como el tipo y nivel de las sanciones que les podrán ser aplicadas en las siguientes áreas: terrorismo, trata de seres humanos y explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de armas, blanqueo de dinero, corrupción, fraudes financieros, criminalidad informática y crimen organizado<sup>234</sup>. Además, el 5 de febrero de 2013 la Comisión propuso una nueva directiva relativa a la protección del euro y otras monedas contra la falsificación a través del Derecho penal<sup>235</sup>.

No obstante todas estas buenas intenciones, y aunque también se admite que “si bien la UE no puede adoptar un Código penal europeo en general, el Derecho penal de la UE puede aportar, en los límites de sus competencias, un valor importante a los sistemas nacionales existentes de Derecho penal”<sup>236</sup>, en el propio seno de la UE se reconoce que “a pesar de los esfuerzos desplegados durante la última década, los cambios en el Derecho penal europeo no han sido muy coherentes y no siempre se han aplicado correctamente”<sup>237</sup>.

Afirma Jescheck que, entre los principios que se han ido desarrollando en el curso de una evolución de varios siglos en el Derecho penal de los Estados europeos y que constituyen el fundamento de del Derecho sancionatorio europeo surgido para la tutela de la Unión, destacan cuatro por su importancia: el principio de legalidad, el de culpabilidad, el de *ultima ratio* y el del Estado de Derecho. Para este autor, gracias a las

---

<sup>234</sup> Vid. versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (12/11/2012), en la pág. web de la UE: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st06/st06655-re07.es08.pdf>, p. 106.

<sup>235</sup> COM (2013) 42, que sustituye a la Decisión Marco 2000/383/JHA. Pág. web UE: [http://ec.europa.eu/anti\\_fraud/documents/euro-protection/directive\\_conterfeiting\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/euro-protection/directive_conterfeiting_en.pdf)

<sup>236</sup> “Bien que l’UE ne puisse pas adopter de code pénal européen général, la législation pénale de l’UE peut ajouter, dans les limites de ses compétences, une valeur importante aux systèmes nationaux existants en droit pénal ». Vid. Pág. Web UE actualizada a día 16/07/2013 : [http://ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-law-policy/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-law-policy/index_fr.htm). Visitada el día 01/03/2014.

<sup>237</sup> Vid. pág. web UE actualizada a día 31/07/2013: [http://ec.europa.eu/news/justice/110921\\_es.htm](http://ec.europa.eu/news/justice/110921_es.htm). Visitada el día 01/03/2014.

características básicas comunes de nuestra historia jurídica, estos principios generales del Derecho penal se encuentran recogidos en la mayor parte de los ordenamientos nacionales de Europa, principios que el nuevo Derecho sancionatorio europeo puede y debe recoger. Explica a este respecto Jescheck que el nacimiento, en el Medievo, de una cultura penalística europea se fundó sobre la herencia espiritual de las naciones de nuestro continente. En primer lugar, común a todos nosotros, está la tradición del Derecho romano, seguido del redescubrimiento del Digesto en la Compilación Justiniana, que ha sido enseñado desde los siglos XI – XII en la mayor parte de los estados europeos continentales y que fue establecido como *usus modernus Pandectarum*. A esto se añade, como conexión supranacional, el Derecho canónico, que pertenece a la herencia común europea y adquirió importancia en todo el mundo cristiano como modelo para los procedimientos penales. También ha de ser tomada en cuenta la antigua filosofía griega que elaboró y formuló los conceptos fundamentales de la ética social y que influyó notablemente en los fundamentos éticos del Derecho penal. Por último, de la máxima importancia para la evolución del Derecho penal, fue la filosofía social de la Ilustración que, desde los s. XVII y XVIII, ha determinado el pensamiento jurídico en Europa, siendo su adquisición más importante, el principio de división de poderes, fundamento del Estado de Derecho. Por todos estos antecedentes históricos, opina Jescheck que el terreno para el nacimiento de un pensamiento jurídico común europeo en el Derecho penal ya ha venido siendo preparado y cultivado a partir de la ciencia jurídico-penal común europea que, desde la Baja Edad Media, se difundió desde Italia y España a todas las universidades europeas. Es por todo ello que el camino para la creación de un Derecho penal europeo pasa por la aplicación de estos principios, siendo deber del Consejo de Europa, según el art. 1 de su Estatuto, promover los ideales y principios que constituyen la herencia común de los estados europeos<sup>238, 239</sup>.

---

<sup>238</sup> Vid. JESCHECK, HANS HEINRICH, 'Possibilità e limiti di un Diritto penale per la protezione dell'Unione Europea', en LORENZO PICOTTI (ed) *Possibilità e limiti di un Diritto penale dell'Unione Europea* (Giuffrè editore. Pubblicazioni del Centro di Diritto penale europeo Catania, Milán, 1999) pp. 16-18. Traducción (al italiano) realizada por el Dr. Luigi Foffani.

<sup>239</sup> Art. 1. a) del Estatuto del Consejo de Europa: "La finalidad del Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social". BOE 51/1978, de 1 de marzo de 1978.

Cadoppi, por su parte, opina que únicamente podrá llegarse a un Derecho penal único europeo mediante la creación de un único Estado federal europeo. Sin embargo, para ello entran en juego varios factores que actúan como obstáculos y límites. Uno de ellos sería el de la soberanía nacional, pues ¿estarían dispuestos los estados a dejarse sustraer la soberanía en materia penal? Este autor se muestra dubitativo dada la diversidad de tipos y géneros culturales y sociales entre los habitantes del viejo continente, acerca de si realmente existe la voluntad de vérselas con un Derecho penal único a nivel europeo, aunque también reconoce que muchas áreas han ido evolucionando en los diferentes estados europeos en aras de una mayor convergencia. Por ejemplo, la parte general, donde ha habido mucha lentitud en la aplicación de ciertos principios que, aún siendo muy claros para la doctrina más ilustrada, tardaron mucho en ser plasmados en la legislación positiva. Es el caso del principio de culpabilidad, que ha madurado muy lentamente, pero de manera suficientemente uniforme (aunque en unos estados de forma más veloz y en otros más lenta) y se está reconociendo en todas las naciones europeas. En la parte especial, continua señalando Cadoppi, la cosa está cambiando. Hace años se podían reconocer grandes diferencias entre unos ordenamientos y otros, especialmente en sectores espinosos como los referidos a la protección penal de la moral y la ética, como por ejemplo, la homosexualidad, el aborto o la eutanasia, diferencias que, poco a poco, han ido desapareciendo al irse produciendo, también poco a poco, una convergencia hacia una mayor laicidad del Derecho penal. No obstante, para este autor, no basta para poder hablar de unificación del Derecho penal europeo con la creación de un Código penal único, porque el sistema penal no consiste sólo en el Código penal sino también en el procedimiento penal y en la organización judicial. Por tanto, también el Derecho procesal penal y el sistema judicial deberían ser uniformes en toda Europa, y no sólo eso, sino que debería crearse un Tribunal Supremo europeo que asegurase la uniformidad de la jurisprudencia. Es decir, sería necesaria una “revolución penalística”, un aparato nuevo que incluyera una judicatura y una defensa uniformes, y además la unificación de los estudios realizados en las Facultades de Derecho de todos los Estados miembros. Todo ello sin olvidar que el Código penal es un “ser que respira”, un ser vivo que se plasma y modifica dependiendo, sobre todo, de la interpretación jurisprudencial, y que se modela al contacto con la realidad concreta. Además, para este autor, existe un gran obstáculo para la consecución de un Derecho penal único y es el problema lingüístico, ya que él cree firmemente que una de las condiciones necesarias para la

unidad del Derecho es la unidad lingüística<sup>240</sup>.

Como se puede apreciar con estos ejemplos, aunque son muchas las posibilidades para la consecución de un Derecho penal unitario, incluso quienes así lo reconocen también son conscientes de los muchos obstáculos que hay que solventar para ello. Y es que, aunque haya llegado a decirse que la Unión Europea, si bien es blanco de críticas, no puede negarse, “desde un punto de vista jurídico, que ya constituye el mejor ejemplo de sistema de integración y que es el proyecto más exitoso y ambicioso del siglo pasado”<sup>241</sup>, también es cierto, como señala Quintero Olivares, que el espacio judicial europeo cuenta “con problemas previos como son la diversidad de leyes penales, de sistemas procesales, de grados de dureza de las leyes, de competencias judiciales, muy diferentes según se trate de sistemas plenamente acusatorios o no sea así”<sup>242</sup>.

### **2.2.1. Las dificultades y obstáculos para la creación de un Derecho penal comunitario**

Opina Vercher Noguera que “la llegada del Derecho penal al sistema legal comunitario (...) ha sido (...) fruto de la más pura necesidad práctica”, si bien reconoce que “esa llegada ha estado plagada de dificultades”<sup>243</sup>. Estas dificultades son “el principio de legalidad, la validez de la ley penal en el espacio, la relevancia del error de

---

<sup>240</sup> CADOPPI, ALBERTO, 'Verso un Diritto penale unico europeo?', en LORENZO PICOTTI (ed) *Possibilità e limiti di un Diritto penale dell'Unione Europea* (Giuffrè editore. Pubblicazioni del Centro di Diritto Penale Europeo Catania, Milán, 1999) pp. 140-141.

<sup>241</sup> ZAMORANO-GUZMÁN, CRISTIAN, 'Principio de primacia, efecto directo y traumatismo fundador', *Revista de Derecho (Valparaíso) de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile*, n° XXXI (2º semestre, 2008). p. 477

<sup>242</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO, 'Derecho penal y Unión Europea: territorio y competencia. El Espacio Judicial Europeo', en *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos* (Estudios de Derecho judicial, n° 155, 2009) P. 658.

<sup>243</sup> VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'Avanzando hacia un derecho penal ambiental comunitario', en ANTONIO VERCHER NOGUERA (ed) *Derecho europeo ambiental: La protección del medio ambiente en la Unión Europea. Aspectos críticos*. (Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007) p. 51.

Derecho, la elección de las penas y, por último, los diversos contenidos de los tipos penales”<sup>244</sup>. De entre los enumerados, el principal impedimento lo constituye el principio de legalidad (concebido como principio que engloba a su vez la prohibición de retroactividad y de analogía *in malam partem*) ya que, mientras que en los ordenamientos más influidos por la Ilustración ha sido codificado de manera rigurosamente formal, no ocurre lo mismo con los ordenamientos inspirados en el *common law*, además de que se ve afectado por un déficit democrático en las instituciones comunitarias, como veremos más adelante. También existen divergencias con respecto a la validez de la ley penal en espacio, pues hay ordenamientos que se ciñen rigurosamente al principio de territorialidad y otros que prefieren el de universalidad de la ley penal. Otras diferencias pueden encontrarse, por ejemplo, en el principio humanitario de las penas y la función resocializadora a que éstas deben tender, y así encontramos ordenamientos que admiten la pena capital o la cadena perpetua y otros que la niegan por principio. Igualmente encontramos diferencias a la hora de legislar penas y medidas de seguridad, de otorgar relevancia al error de Derecho, a los límites de la tentativa, a las cuestiones del desistimiento voluntario y el arrepentimiento activo, a la configuración de la participación delictiva o del delito imposible...<sup>245</sup> Todos estos obstáculos podrían salvarse sin gran complejidad, ya que, en los últimos años se ha producido una aproximación entre las legislaciones penales debido a “la creación de una atmósfera cultural y a un sentir común entre los ciudadanos de toda Europa”<sup>246</sup>.

Otro problema señalado por los autores es que originalmente las normas comunitarias sólo se entendían como una cesión de competencias en el ámbito económico y no en el orden público, por lo que no existen instancias sancionadoras propias que hagan posible una política criminal<sup>247</sup>, y que, incluso hoy día, el ámbito en

---

<sup>244</sup> MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1998) p. 41.

<sup>245</sup> PAGLIARIO, ANTONIO, 'Límites a la unificación del Derecho penal europeo', en GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, et al. (eds) *Hacia un Derecho penal económico europeo* (Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995) p. 692.

<sup>246</sup> PAGLIARIO, ANTONIO, 'Límites a la unificación del Derecho penal europeo', en GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, et al. (eds) *Hacia un Derecho penal económico europeo* (Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995) p. 693.

<sup>247</sup> PRATS CANUT, JOSÉ MIGUEL, et al., *Derecho penal ambiental y Derecho comunitario. La Directiva IP*, (Aranzadi, Navarra, 2002) p. 124.

el que la UE despliega su principal actividad es el económico<sup>248</sup>; argumento refutado por otros, dada la evolución de la Unión Europea, que pasó de un marco estrictamente económico a introducir en su políticas otros intereses como, por ejemplo, el que nos ocupa en este trabajo: el medio ambiente. A este respecto sostiene Quintero Olivares que el supuesto carácter meramente económico podía predicarse de la CEE, pero no de la UE, ya que “la unidad europea, que si bien nació -en el tiempo de la CEE- como una alianza inspirada en criterios estrictamente económicos, al menos formalmente, alcanza un grado de desarrollo que aboca, tras un proceso histórico de adquisición de lo que se llama “conciencia europea”, y explica los acuerdos de Maastricht y Amsterdam, en los cuales es visible una transformación del horizonte social y político de Europa, dando un paso a una creciente integración en un proyecto político y humano compartido. La UE, por su sola existencia, rompe la imagen limitadora que lo económico había ejercido sobre la posibilidad de unificación del Derecho”.

**Excurso: El Derecho penal de la Unión Europea como Derecho transnacional. Diferencias entre Derecho penal transnacional y Derecho penal internacional. Modelo político de la Unión Europea: ¿Estado federal u organización supranacional?**

Conviene hacer aquí un paréntesis para aludir al Derecho penal de la Unión Europea como Derecho penal transnacional, diferente del Derecho penal internacional propiamente dicho, porque, como sostienen Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese, la Unión Europea “no es una Federación de Estados, no es un Estado federal ni una confederación de Estados, sino un *ente supranacional sui generis*”<sup>249</sup>.

---

<sup>248</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, 'La incidencia del Derecho Comunitario en la protección penal del Medio Ambiente', *Noticias de la Unión Europea*, 240 (2005). p. 84

<sup>249</sup> BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL & BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA, *Derecho penal económico*, 2ª edición, (Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010) p. 61. En el mismo sentido, Díez Picazo sostiene que “la Unión Europea, aun siendo por su origen una organización internacional, es una organización internacional *sui generis*. Díez-PICAZO, LUIS MARÍA, 'La naturaleza de la Unión Europea', en JOSÉ Mª BENEYTO PÉREZ, et al. (eds) *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea* (Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009) p. 345.

No podemos negar que actualmente existen nuevas formas de criminalidad transnacional, controladas en su mayoría por organizaciones internacionales, que no pueden encararse desde una óptica jurídico-penal meramente nacional que queda limitada al territorio interno. Por ello se hace necesario un Derecho penal transnacional eficaz y con capacidad para que las sentencias penales puedan reconocerse más allá de las fronteras nacionales<sup>250</sup>.

Para Boister, el punto de partida adecuado para diferenciar el Derecho penal transnacional del Derecho penal internacional es la descripción de las conductas criminalizadas. Derecho penal transnacional sería el que hace referencia a los delitos transnacionales -término éste más criminológico que judicial- y que alude a ciertos fenómenos criminales (de múltiples tipos diferentes) que trascienden las fronteras y transgreden las leyes de varios Estados o tienen impacto en otra Nación. Sin embargo, el Derecho penal internacional se refiere únicamente a los crímenes internacionales *strictu sensu*, es decir, a los delitos clasificados como "crímenes de trascendencia internacional" o "delitos comunes contra los intereses protegidos internacionalmente" y que prevén la responsabilidad penal individual por violaciones del Derecho internacional ante un Tribunal de Derecho penal internacional<sup>251, 252</sup>. La diferencia principal reside, pues, en que el Derecho penal internacional abarca una serie limitada de delitos, que por su gravedad se consideran de titularidad de la comunidad internacional en su conjunto, quedando el individuo que los comete sometido a la jurisdicción penal internacional, mientras que el Derecho penal transnacional es un sistema de compromisos adquiridos mediante tratados entre varios Estados. Estos

---

<sup>250</sup> Vid. SIEBER, ULRICH, 'Los factores que guían la armonización del Derecho penal', en MIREILLE DELMAS-MARTY, et al. (eds) *Los caminos de la armonización penal* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 494.

<sup>251</sup> BOISTER, NEIL, 'Transnational Criminal Law?', *European Journal of International Law*, Vol. 14, nº 5 (2003). pp. 954 -955. Define este autor el Derecho penal transnacional como "la represión indirecta por el derecho internacional a través del derecho penal interno de las actividades delictivas que tienen efectos reales o potenciales transfronterizos". p. 955.

<sup>252</sup> Art. 5 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma, 17/07/1998). Crímenes de la competencia de la Corte: 1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión.



tratados imponen a los Estados miembros la tipificación de ciertas conductas para garantizar su perseguibilidad, que, por tanto, no puede hacerse efectiva hasta que la ley nacional las incorpore. En tales casos no responde el individuo por la comisión del delito ante un tribunal internacional; únicamente, en caso de incumplimiento del tratado, respondería el Estado. Esto produce varias consecuencias que diferencian el Derecho comunitario del Derecho internacional: en primer lugar, el Derecho comunitario se integra automáticamente en el orden interno de los Estados, sin requerir ninguna fórmula especial de introducción, siendo directamente aplicables tras la *vacatio legis* prevista en el acto de su publicación oficial (DOUE); en segundo lugar, las normas comunitarias integran el Ordenamiento jurídico interno como Derecho comunitario; en tercer lugar, las normas comunitarias pueden ser directamente invocadas por los particulares ante los tribunales de los Estados miembros y los jueces nacionales tienen la obligación de aplicar el Derecho comunitario; en cuarto lugar, las leyes de ratificaciones de los Estados miembros que incorporan los tratados fundadores al orden interno, introducen también prácticamente todo el Derecho derivado, fruto de las instituciones de la Unión; en quinto lugar, las normas comunitarias son fuente inmediata de derechos y obligaciones para aquellos a quienes conciernen, sea Estados o particulares; y, en sexto y definitivo lugar, los sujetos del Derecho comunitario, a diferencia del Derecho internacional, son tanto los Estados miembros como los ciudadanos<sup>253</sup>.

El fundamento para la represión de los comportamientos que forman parte del Derecho penal transnacional son dos: primero, reprimir delitos transfronterizos, es decir, delitos en los que el hecho se comete en varios Estados, o se comete en uno de ellos pero los actos preparatorios se han realizado en otro, o son cometidos por una organización criminal que actúa en varios Estados o porque, aunque se comete en un Estado, tiene efectos relevantes sobre otro diferente. Y segundo, reprimir conductas que,

---

<sup>253</sup> ZAMORANO-GUZMÁN, CRISTIAN, 'Principio de primacía, efecto directo y traumatismo fundador', *Revista de Derecho (Valparaíso) de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile*, n° XXXI (2º semestre, 2008). p. 481. GARCÍA ELORRIO, MAGDALENA, 'La eficacia directa de los principios generales del Derecho como medio para garantizar la efectividad de la responsabilidad medioambiental europea' (Tesis doctoral en la Universidad de Murcia, Dpto. D. advo)', *Revista Cordobesa de Derecho Internacional Público (RECORDIP)*, Vol. 1, n° 1 (2009). p. 24. Visible en <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/35/25>. Visitada el 01/03/2014.

aún sin la presencia de un elemento transfronterizo, producen tal rechazo que existe un consenso internacional acerca de su ilegalidad<sup>254</sup>. Un ejemplo claro de Derecho penal transnacional lo constituye el Derecho penal de la Unión Europea.

El principal problema del Derecho penal transnacional basado en tratados internacionales, para Romeo Malanda, es que su eficacia depende de que los Estados efectivamente los ratifiquen y conviertan en Derecho interno. Hay que tener en cuenta que pueden existir grandes diferencias entre los Estados signatarios respecto al sistema jurídico, al sistema penal y al acervo cultural que contribuye a la configuración de los delitos, por lo que, dado que los convenios suelen ser poco concretos en cuanto a la delimitación de los tipos y la fijación de las penas, puede llegarse a que la armonización normativa sea relativa. No obstante, para este autor, “a diferencia de este modelo de Derecho penal transnacional *débil*, el Derecho penal de la Unión Europea puede catalogarse como un modelo de Derecho penal transnacional *fuerte*”, debido a su especial naturaleza<sup>255</sup>. Efectivamente, no cabe poner en duda lo original del modelo y así Mangas Martín señala que “el éxito y la originalidad de la integración europea es haber sabido combinar siempre, desde su fundación, en cada decisión y en cada reforma, elementos intergubernamentales y elementos netamente europeos o integracionistas. Es decir, los legítimos intereses nacionales y los legítimos intereses comunes”<sup>256</sup>.

Precisamente esa *especial naturaleza* es la que hace cuestionarse cuál es el modelo político de la Unión Europea: si se trata de un Estado federal, una confederación de Estados o una organización supranacional. Define Jenillek el Estado federal como “un Estado soberano formado por una variedad de Estados” y explica que “su poder nace de la unidad estatista de los Estados miembros. Se trata de una unión de Derecho Público entre Estados, los cuales establecen una soberanía sobre los que se unen, cuyos

---

<sup>254</sup> ROMEO MALANDA, SERGIO, 'Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa', *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII (2012). pp. 319-320

<sup>255</sup> ROMEO MALANDA, SERGIO, 'Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa', *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII (2012). pp. 321-322

<sup>256</sup> MANGAS MARTÍN, ARACELI, 'Un tratado no tan simple: el realismo mágico del funcionalismo', *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 30 (2008). p. 342.

participantes son los Estados mismos; de suerte que en conjunto son soberanos, o mejor, cosoberanos, en tanto que, formados particularmente, por el contrario, están sometidos a determinadas obligaciones. La posibilidad del Estado federal depende íntimamente de la doctrina que declara a la soberanía como nota no esencial al Estado, y distingue, por tanto, entre Estados soberanos y no soberanos”<sup>257</sup>.

Fondevila Marón entiende que Estado Federal es “aquel Estado soberano y políticamente descentralizado donde la autonomía de los entes territoriales, así como el reparto de competencias entre éstos y el Estado central, viene asegurado por los principios de supremacía y rigidez constitucionales” y señala que tradicionalmente se han considerado necesarias las siguientes características para poder considerar a un Estado como federal: “Dos niveles de gobierno, actuando cada uno de ellos directamente sobre los ciudadanos; una división constitucional formal de poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y una asignación de ingresos y recursos entre los dos niveles de gobierno, garantizando algunas áreas de genuina autonomía para cada nivel de gobierno; disposiciones para integrar la representación de los distintos entes regionales en la elaboración de políticas de las instituciones federales, normalmente prevista a través de una forma particular de segunda cámara federal; una suprema constitución escrita no reformable unilateralmente, y que requiere para su reforma el consentimiento de la mayoría de las unidades constituidas o de sus representantes en la segunda cámara; un árbitro (en la forma de corte de justicia o previsión de referéndum) para mediar en las disputas entre los gobiernos; y, por último, procedimientos e Instituciones para facilitar la colaboración intergubernamental en los ámbitos donde comparten responsabilidad gubernamental o donde las responsabilidades inevitablemente se solapan”<sup>258</sup>.

---

<sup>257</sup> JELLINEK, GEORG, *La teoría general del Estado*, Traducción de la 2ª ed. alemana y prólogo por Fernando de los Ríos, (Bdef, Montevideo - Buenos Aires, 2005) p. 920.

<sup>258</sup> FONDEVILA MARÓN, MANUEL, *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal: el proceso de integración europea*, (Tesis doctoral dirigida por el prof. Dr. Javier Ruipérez y Alamillo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2013) p. 289. No obstante esta exhaustiva cita de rasgos caracterizadores, el propio autor reconoce que no es ésta la forma de proceder para ver si nos encontramos ante un Estado federal, pues según ella, la UE sería un Estado federal y para él no lo es, sino que la manera correcta -en su opinión- para diferenciar a un Estado federal de uno unitario sería, paradójicamente, aquello en lo que se asemejan, es decir, ser “*Estados titularidad de un auténtico y único*

En su vertiente clásica, la Confederación de Estados es para Jellinek, una “unión permanente de Estados independientes, unión que descansa en un pacto, por el que se unen los Estados con el fin de proteger el territorio de la confederación exteriormente y asegurar entre ellos la Paz interior. Puede además añadirse la prosecución de otros fines. Esta unión necesita una organización permanente para que puedan ser realizados los objetivos de la confederación. Mediante la nota de permanencia, la unión no está meramente limitada a determinados *casus foederis* y, por esto, así como la existencia de órganos permanentes, eleva la confederación sobre todas las formas de alianza defensiva. La confederación no disminuye jurídicamente la soberanía de los Estados confederados, sino que, más bien, se obligan estos mutuamente, con el fin de conservar su soberanía, a ejercitar ciertas funciones, bien sólo en común o al menos a hacerlo en común bajo determinadas circunstancias”<sup>259</sup>. La diferencia, pues, radica en que el Estado federal es un Estado, aunque descentralizado, mientras que la Confederación no es un Estado sino una unión de Estados surgida de pacto entre ellos, pacto o convenio que es el que los regula<sup>260</sup>. En la vertiente moderna, la Confederación de Estados “se caracteriza por la aplicación de la regla de la unanimidad para la modificación del ordenamiento y porque sus normas se dirigen exclusivamente a los Estados miembros, que posteriormente deben adaptar sus legislaciones internas”<sup>261</sup>.

Entonces, ¿es la Unión Europea un Estado federal o una Confederación de Estados o agrupación interestatal?

Gómez-Jara tiene muy claro que existe un federalismo europeo, aunque sin poder precisar el grado concreto de federalismo. Para este autor “la Unión Europea se

---

*Pueblo soberano*” y la Unión Europea no cuenta con este elemento porque, a su juicio, “falta un proceso constituyente revolucionario que diese origen a una Comunidad política soberana”.

<sup>259</sup> JELLINEK, GEORG, *La teoría general del Estado*, Traducción de la 2ª ed. alemana y prólogo por Fernando de los Ríos, (Bdef, Montevideo - Buenos Aires, 2005) p. 912.

<sup>260</sup> LA PERGOLA, ANTONIO, 'Sguardo sul federalismo e i suoi dintorni (una célebre dicotomía: “Stato federale -confederazione-, la confederazione di tipo antico e moderno. L’idea europeistica di comunità', *Diritto e Società*, nº 3 (1992). p. 493.

<sup>261</sup> FONDEVILA MARÓN, MANUEL, *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal: el proceso de integración europea*, (Tesis doctoral dirigida por el prof. Dr. Javier Ruipérez y Alamillo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2013)

ha convertido en una federación (...). Pasa de ser una mera agrupación de Estados a poseer una clara impronta federal”<sup>262</sup>. En el mismo sentido Romeo Malanda afirma que “el Derecho penal europeo queda configurado, al menos formalmente, como un Derecho penal de naturaleza federal”<sup>263</sup>. En el extremo opuesto se sitúa Silva Sánchez, quien “descarta tajantemente cualquier similitud con los sistemas federales”. Considera dicho autor que ni el sistema de leyes penales europeizadas resulta comparable con un sistema de Derecho penal federal, ni la ley penal europea se ajusta a ese modelo<sup>264</sup>. Ugartemendía Eceizabarrena no se manifiesta sobre esta cuestión, pero reflexiona sobre la eficacia federalizante que los Derechos Fundamentales de la Unión Europea despliegan sobre los ordenamientos internos de los Estados miembros<sup>265</sup>. Y, en un punto intermedio, Edward defiende que aunque parezca que estamos ante un sistema de Derecho federal, en la medida en que las Comunidades son una “cuasi-federación”, en realidad el sistema comunitario es diferente, ya que no se trata de un único Estado dotado de una Constitución interior que define las relaciones entre la federación y los

---

<sup>262</sup> Este autor propone tomar como modelo para la regulación europea el sistema penal estadounidense, no porque lo considere el más adecuado –considera que la normativa europea va más allá de la regulación estadounidense-, sino como un ejemplo claro de “cómo se configura el Derecho penal en un Estado federal”. GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS, 'Modelos del sistema europeo de Derecho penal ¿unificación versus armonización?', en MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (ed) *Constitución europea y Derecho penal económico* (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) pp. 329 y 337. En el mismo sentido y del mismo autor, *Ibidem*, pp. 278 y ss., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS, '¿Federalismo jurídico-penal en la Constitución europea?', en LUIS ARROYO ZAPATERO & ADÁN NIETO MARTÍN (eds) *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2007) pp. 87 y ss.

<sup>263</sup> ROMEO MALANDA, SERGIO, 'Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa', *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII (2012). p. 326

<sup>264</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una convergencia imposible?', en LUIS ARROYO ZAPATERO & ADÁN NIETO MARTÍN (eds) *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2007) p. 74. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Constitución europea, legalidad y Derecho penal económico', en MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (ed) *Constitución europea y Derecho penal económico* (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 259.

<sup>265</sup> UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, JUAN IGNACIO, 'La eficacia "federalizante" de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Análisis de sus manifestaciones en el Derecho penal', en JAVIER GARCÍA ROCA & ENOCH ALBERTÍ (eds) *Treinta años de Constitución. Congreso extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España* (Tirant lo blanch, Valencia, 2010) pp. 429 y ss.

Estados federados<sup>266</sup>. Muñoz de Morales considera que estamos ante un sistema “casi federal”<sup>267</sup>, Fondevila Marón que estamos ante una Confederación de Estados<sup>268</sup> y Silva Castaño sostiene que la Unión Europea ni es un ente federal ni confederación de Estados, sino “un ente supranacional *sui generis*”<sup>269</sup>.

Sin dejar de reconocer que, dado el modelo político actual de la Unión Europea, para el Derecho penal se generan problemas propios de un sistema federal<sup>270</sup>, pues deben convivir dos ordenamientos jurídicos autonómicos, opino, al igual que Silva Castaño, que realmente estamos ante un ente supranacional *sui generis*, y es que, incluso los defensores de la consideración de la UE como un sistema federal, reconocen que el sistema europeo es diferente del clásico modelo federalista<sup>271</sup>. En efecto, en primer lugar, porque no ha habido ningún proceso constituyente que disuelva la identidad nacional de los Estados miembros y cree una nueva Comunidad política<sup>272</sup>. En

---

<sup>266</sup> EDWARD, DAVID A.O., 'Efecto directo y primacía del Derecho comunitario. El problema especial de las directivas', *Revista vasca de Administración Pública*, nº 42 (mayo - agosto 1995). pp. 35-36

<sup>267</sup> MUÑOZ DE MORALES ROMERO, MARTA, 'Los Derechos penales federales y el Derecho penal europeo', en LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO & ADÁN NIETO MARTÍN (eds) *Los Derechos Fundamentales en el Derecho penal europeo* (Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2010) p. 41.

<sup>268</sup> Eso sí, una Confederación de Estados *sui generis* porque ninguna de las características de las Confederaciones se aplica *strictu sensu* en la UE. Vid. FONDEVILA MARÓN, MANUEL, *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal: el proceso de integración europea*, (Tesis doctoral dirigida por el prof. Dr. Javier Ruipérez y Alamillo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2013) pp. 272, 294 y 296.

<sup>269</sup> SILVA CASTAÑO, M<sup>a</sup> LUISA, 'Breves reflexiones en torno a la necesidad de creación de un Derecho penal para Europa', en MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (ed) *Constitución europea y Derecho penal económico* (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 349.

<sup>270</sup> Vid. BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL & BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA, *Derecho penal económico*, 2<sup>a</sup> edición, (Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010) pp. 61-62.

<sup>271</sup> Vid. ROMEO MALANDA, SERGIO, 'Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa', *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII (2012). pp. 327- 328. GÓMEZ-JARA DíEZ, CARLOS, '¿Federalismo jurídico-penal en la Constitución europea?', en LUIS ARROYO ZAPATERO & ADÁN NIETO MARTÍN (eds) *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2007) pp. 329-330.

<sup>272</sup> FONDEVILA MARÓN, MANUEL, *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal: el proceso de integración europea*, (Tesis doctoral dirigida por el prof. Dr. Javier Ruipérez y Alamillo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2013) p. 296.

segundo lugar, porque el órgano legislativo de la Unión Europea no puede crear delitos o imponer penas directamente, como en un sistema federal clásico, sino que sólo puede determinar qué conductas han de ser perseguidas penalmente, dejando que sean los legisladores nacionales quienes describan detalladamente el tipo en cuestión y la pena asociada al mismo<sup>273</sup>. En tercer lugar, no existe un Tribunal europeo a modo de Tribunal Federal, sino que se trata de leyes nacionales que aplican tribunales nacionales con base, eso sí, en una normativa “condicionada” por un ente superior (la Unión Europea) y con un modelo procesal nacional. Y, en cuarto y último lugar, porque siendo la regla de la unanimidad una de las principales características de una Confederación de Estados según Fondevila Marón, en la Unión Europea no se aplica esta regla con carácter general, sino únicamente en un número minoritario de materias, pero que son las fundamentales, las más estrechamente relacionadas con la idea de soberanía<sup>274</sup>. Por tanto, podemos afirmar que el Ordenamiento jurídico comunitario es “un ordenamiento propio, independiente y *sui generis*”<sup>275</sup>.

Veamos ahora detenidamente cuáles son los obstáculos que dificultan la creación de un Derecho penal propio de la UE (principio de soberanía, déficit democrático y posible vulneración del principio de legalidad) y si, a pesar de ellos, podemos decir que ya existe y estamos en presencia, o no, de tal Derecho penal europeo.

---

<sup>273</sup> Silva Sánchez considera esta fórmula como una “ley en blanco inversa”. Para él la ley nacional está condicionada por la normativa europea “en términos de «mandatos europeos de protección represiva» (y, eventualmente, de «criminalización»”. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Constitución europea, legalidad y Derecho penal económico', en MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (ed) *Constitución europea y Derecho penal económico* (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) pp. 258-259. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una corvengencia imposible?', en LUIS ARROYO ZAPATERO & ADÁN NIETO MARTÍN (eds) *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2007) p. 74.

<sup>274</sup> FONDEVILA MARÓN, MANUEL, *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal: el proceso de integración europea*, (Tesis doctoral dirigida por el prof. Dr. Javier Ruipérez y Alamillo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2013) p. 295.

<sup>275</sup> ALMONACID LAMELAS, VÍCTOR, 'Sobre la posición del tratado y de la normativa europea en relación con nuestro ordenamiento jurídico', *Noticias Jurídicas*, (febrero 2006). Pág. web: <http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho%20Comunitario/200602-75791011065400.html>. Visitada el 01/03/2014.

### 2.2.2. Especial consideración de la soberanía nacional como obstáculo al Derecho penal unitario

Durante mucho tiempo, el Derecho penal y el Derecho procesal penal fueron excluidos de los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas, que se limitaban a la regulación de sanciones en materia económica. Ello era así porque, primero, se concebía que el Derecho penal de cada Estado miembro era suficiente para una eficaz consideración de los delitos (económicos, en este caso) que pudieran perjudicar a la Comunidad Europea, por lo que se entendía que bastaba la cooperación entre los Estados miembros y se les dejaban reservados estos temas a los sistemas jurídicos nacionales<sup>276</sup>; y segundo, porque se entendía que el *ius puniendi* no podía ser competencia de la CEE, ya que es una expresión importante de la soberanía de los Estados<sup>277</sup>. Para Gómez Colomer, el contenido del Derecho penal, sustantivo y procesal, que hasta hace poco estaba formado por el análisis de los límites territoriales y subjetivos del *ius puniendi* del Estado español, hoy día “está dejando paso a contenidos más modernos y útiles para las relaciones entre Estados”<sup>278</sup>. En el mismo sentido, Arroyo Zapatero sostiene que “el Derecho penal ha dejado de ser una realidad puramente nacional” y profetiza que “la desnacionalización del Derecho penal se ampliará exponencialmente en los próximos años propulsada por el nuevo marco competencial del Tratado de Lisboa”<sup>279</sup>. Efectivamente, como bien señala Romeo Malanda, las respuestas puramente nacionales son insuficientes en unos tiempos en los que la delincuencia se ha vuelto global. Por ello, para proteger su soberanía,

---

<sup>276</sup> GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, 'La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (El proyecto Corpus Iuris)', *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 6 (2000). pp. 140-141.

<sup>277</sup> BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL & BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA, *Derecho penal económico*, 2ª edición, (Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010) p. 45. En el mismo sentido, CUERDA RIEZU, ANTONIO, '¿Ostenta ius puniendi las Comunidades Europeas?', en GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, et al. (eds) *Hacia un Derecho penal económico europeo* (Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995) p. 622.

<sup>278</sup> GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, 'La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (El proyecto Corpus Iuris)', *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 6 (2000). pp. 174-175.

<sup>279</sup> ARROYO ZAPATERO, LUIS, 'Prólogo', en LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO & ADÁN NIETO MARTÍN (eds) *Los Derechos Fundamentales en el Derecho penal europeo* (Thomson Reuters, Navarra, 2010) p. 17.



paradójicamente los Estados requieren instrumentos de actuación que puedan desplegarse más allá de sus fronteras<sup>280</sup>.

A pesar de esta última consideración, una de las principales dificultades sigue estribando en el principio soberanista<sup>281</sup>, pues ya desde el principio, se observó una tenaz resistencia por parte de los Estados miembros a ceder a la esfera comunitaria aquellas competencias propias de la soberanía nacional de cada uno de ellos<sup>282</sup>, siendo precisamente la principal manifestación de esas competencias propias de la soberanía nacional el Derecho penal<sup>283</sup>. Recordemos que el Derecho penal siempre se ha establecido de forma autónoma por los Estados nacionales y que, como reflexiona Sieber, “incluso hoy, el ejercicio de la soberanía y de la autoridad estatal es una razón primordial del interés de los Estados nacionales en la regulación del Derecho penal sustantivo y procesal y (...) en la creación de instituciones nacionales de jurisdicción penal”<sup>284</sup>. Piensa Pagliario que esta reticencia de los Estados a delegar las facultades de legislar las sanciones penales se debe a que “el traspaso de la potestad punitiva a otras manos sería como la señal del fin de la soberanía de los respectivos Estados”. En efecto, como explica Sgubbi, “la soberanía nacional se ve como el fundamental obstáculo

---

<sup>280</sup> ROMEO MALANDA, SERGIO, 'Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa', *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII (2012). p. 313

<sup>281</sup> Al que Vercher Noguera define como el “compromiso o necesidad de respetar esa parcela íntimamente relacionada con la soberanía de los Estados miembros, que es el Derecho penal, el cual precisamente por esa naturaleza soberana debe ser respetado por las instituciones comunitarias”. VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'Avanzando hacia un derecho penal ambiental comunitario', en ANTONIO VERCHER NOGUERA (ed) *Derecho europeo ambiental: La protección del medio ambiente en la Unión Europea. Aspectos críticos*. (Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007) p. 51.

<sup>282</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, 'Unión Europea, Derecho penal (ambiental) y Derecho comunitario', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *Técnicas de Investigación e infracciones medioambientales* (Estudios de Derecho judicial, nº 75, Madrid, 2005) p. 84.

<sup>283</sup> PRATS CANUT, JOSÉ MIGUEL, et al., *Derecho penal ambiental y Derecho comunitario. La Directiva IP*, (Aranzadi, Navarra, 2002) p. 124. En el mismo sentido, Silva Sánchez reconoce la frecuencia con que se considera que el Derecho penal constituye la quintaesencia de la idea de soberanía en SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Crítica a los principios inspiradores del pretendido "Derecho penal europeo"', en SANTIAGO MIR PUIG & MIRENTXU CORCOY BIDASOLO (eds) *La política criminal en Europa* (Atelier, Barcelona, 2004) p. 126.

<sup>284</sup> SIEBER, ULRICH, 'Los factores que guían la armonización del Derecho penal', en MIREILLE DELMAS-MARTY, et al. (eds) *Los caminos de la armonización penal* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) pp. 483-484.

interpuesto al desarrollo del Derecho penal comunitario: el Derecho penal -se afirma- incide de forma vital sobre la libertad de los ciudadanos, sobre el orden y sobre la seguridad del Estado y se manifiesta como la expresión más auténtica de la soberanía nacional; de forma que cualquier tipo de injerencia de naturaleza extranacional (...) o supranacional (...) aparece como una disminución de tan celosa prerrogativa”<sup>285</sup>.

Moreno Juste explica y justifica, a propósito del problema entre la soberanía nacional y la Unión Europea, que puesto que los Estados no estaban dispuestos a renunciar a su soberanía de forma amplia, “hubo que buscar un compromiso que, sin que fuera necesario constituir un Estado federal, ofreciera algo más que la mera cooperación entre los Estados que no suponía cesiones de soberanía. La solución consistía en la construcción progresiva de un puente que salvase la contradicción entre el mantenimiento de la independencia nacional y un hipotético Estado federal europeo. A los Estados miembros no se les exigía la renuncia formal de su soberanía sino únicamente la renuncia al dogma de la indivisibilidad. Se trataba de establecer ciertos ámbitos de colaboración en los que los Estados estuvieran dispuestos a renunciar voluntariamente a una parte de su soberanía en beneficio de ámbitos supranacionales que estuvieran por encima de todos ellos”<sup>286</sup>. A este respecto, creo conveniente matizar que lo que podrá o no cederse son las competencias<sup>287</sup>, pero no la soberanía como tal,

---

<sup>285</sup> SGUBBI, FILIPPO, 'Derecho penal comunitario', *Cuadernos de política criminal*, 58 (1996). p. 92

<sup>286</sup> MORENO JUSTE, ANTONIO, 'El proceso de construcción europea: de la CEE a la UE', en JUAN CARLOS PEREIRA (ed) *Historia de las relaciones internacionales contemporáneas. 2ª ed. act.* (Ariel, Barcelona, 2009) p. 566. A esta idea se opone Fondevila Marón por considerar que los Estados no son los titulares de la soberanía para que puedan o no renunciar a ella, sino que lo es “el Pueblo” de dichos Estados. FONDEVILA MARÓN, MANUEL, *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal: el proceso de integración europea*, (Tesis doctoral dirigida por el prof. Dr. Javier Ruipérez y Alamillo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2013) p. 271.

<sup>287</sup> Así, Rodríguez y Herrero de Miñón, por ejemplo, habla de cesión de “competencias soberanas” y en concreto se asombra de que “en España, frente a lo que ocurre en cualquiera otro de los grandes países europeos, nadie parece alarmarse, antes al contrario, por las cesiones de competencias soberanas por parte del Estado a la Unión Europea”. RODRÍGUEZ Y HERRERO DE MIÑÓN, MIGUEL, 'A vueltas con la soberanía', *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 84 (2007). p. 312. Aunque, en este mismo artículo, defiende más adelante la posibilidad de una cosoberanía. *Ibidem*, p. 326. En el mismo sentido defensor de una soberanía indivisible, FONDEVILA MARÓN, MANUEL, *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal: el proceso de integración europea*, (Tesis doctoral dirigida por el prof. Dr.

habida cuenta de que la soberanía, concepto que surge en el Medievo, implica una potestad indivisible<sup>288</sup>, por lo que si se renuncia al dogma de la indivisibilidad parece que, en el fondo, se está renunciando a la soberanía misma. Así, cuando hablemos de “cesión de soberanía”, en realidad nos estaremos refiriendo a la cesión de competencias propias de la soberanía.

Recordemos que, como se explicaba anteriormente, se han producido varios intentos para introducir un sistema de Derecho penal en el ámbito comunitario que han fracasado estrepitosamente, destacando en particular el intento promovido por la comisión de la CEE en 1962<sup>289</sup>: En marzo de ese año, la Comisión Europea constituyó un grupo de trabajo dirigido por el penalista holandés Van Binsbergen y formado por expertos nombrados por los gobiernos de los Estados miembros y por funcionarios comunitarios, para la elaboración de un proyecto de Convención sobre la investigación y represión penal de las infracciones al Derecho comunitario en el ámbito disciplinado por los reglamentos, las directivas, las decisiones y las recomendaciones de la -en aquel momento- CEE. Sin embargo, tras 4 años de trabajo, el proyecto fue abandonado por la retirada de la delegación francesa, que veía una peligrosa limitación de la soberanía nacional por dos cuestiones: La primera, por la existencia de preceptos orientados a impedir que pudieran existir varios procedimientos paralelos en diferentes Estados miembros por el mismo hecho, con la posibilidad de que en algunos supuestos la competencia no atañese precisamente al Estado donde se hubiera cometido el delito y, la segunda, por las disposiciones referentes a la ejecución de sentencias penales extranjeras<sup>290</sup>. Recordemos también que existieron otros dos intentos, en 1972 y en 1974, de iniciativas de la Comisión para la creación de un proyecto de Estatuto penal de los funcionarios de la Comunidad Europea que, pese a que el contenido se caracterizaba

---

Javier Ruipérez y Alamillo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2013) p. 272.

<sup>288</sup> FONDEVILA MARÓN, MANUEL, *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal: el proceso de integración europea*, (Tesis doctoral dirigida por el prof. Dr. Javier Ruipérez y Alamillo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2013) p. 272. RODRÍGUEZ Y HERRERO DE MIÑÓN, MIGUEL, 'A vueltas con la soberanía', *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 84 (2007). pp. 313 y ss.

<sup>289</sup> SGUBBI, FILIPPO, 'Derecho penal comunitario', *Cuadernos de política criminal*, 58 (1996). p. 91

<sup>290</sup> MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1998) p. 40.

por ser específico y sectorial, también fracasaron<sup>291</sup>.

Como señala Quintero Olivares, la armonización de los sistemas penales de la Unión Europea es necesaria, pero muy difícil; y, justamente, esta dificultad en la armonización de las legislaciones penales viene dada porque es precisa una superación del principio de territorialidad; y, a su vez, el principio de territorialidad constituye un gran escollo para el ideal de la armonización, porque dicho principio “no es sólo un concepto jurídico que traduce una idea de soberanía, sino que además es una actitud ideológica”<sup>292</sup>. Como reconoce Terradillos Basoco, “el *ius puniendi* sigue jugando el papel simbólico de último reducto de una soberanía a la que no se quiere o no se puede aún renunciar”<sup>293</sup>.

No sólo la doctrina aduce este principio como impedimento a la construcción de un *ius puniendi* unificado, también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha hecho referencia a este principio en la Sentencia del caso C-176/03 relativa a la protección del medio ambiente por el Derecho penal, en la que manifestaba que “*no sólo no existe a este respecto ninguna atribución expresa de competencia, sino que, habida cuenta de la importancia considerable del Derecho penal para la soberanía de los Estados miembros, no puede admitirse que tal competencia hubiera podido ser transferida implícitamente a la Comunidad cuando se otorgaron competencias materiales específicas, como las que se ejercen con arreglo al artículo 175 CE*”<sup>294</sup>.

Sin embargo, esta opinión de la soberanía nacional como el mayor de los obstáculos a la creación de un Derecho penal comunitario está evolucionando y

---

<sup>291</sup> SGUBBI, FILIPPO, 'Derecho penal comunitario', *Cuadernos de política criminal*, 58 (1996). p. 92, nota 7 y MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1998) p. 41.

<sup>292</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO, 'Derecho penal y Unión Europea: Territorio y competencia. El espacio judicial europeo', en *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*. (Estudios de Derecho judicial nº 155, 2009) p. 662.

<sup>293</sup> TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 'Sistema penal y criminalidad internacional', en *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos "in memoriam"* (Ediciones Universidad Castilla La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001) pp. 754-755.

<sup>294</sup> Sentencia de 13 septiembre de 2005, La Comisión contra el Consejo, caso C-176-03, párrafo 27. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003J0176:ES:HTML>

modificándose. Sgubbi considera que el factor “soberanía” no debe ser sobrevalorado. En opinión de este autor, esta noción de “soberanía” ha ido moderándose gracias a la denominada política criminal internacional, que ha hecho progresar la colaboración entre los Estados europeos. Para él, el Derecho penal no constituye la principal manifestación de la soberanía nacional sino que son otros instrumentos de control social concretados en el poder de organización de los aparatos policiales y procesales. Además -siempre para este autor- dado que la función del Derecho penal comunitario no se presenta como una legislación en materia penal no implicaría el concepto de soberanía y, por otra parte, el Derecho penal comunitario es un Derecho dirigido exclusivamente a la salvaguarda de los intereses comunitarios -que agota su competencia en los límites de la normativa comunitaria- más que a condicionar los comportamientos individuo-poder público. Es por ello que para este autor las causas del retraso en la creación de un Derecho penal comunitario se deben a “la peculiar tipología de materia que el Derecho comunitario tiene como contenido y que el Derecho penal comunitario estaría llamado a disciplinar” (se refiere a la materia económica principalmente) y a “la peculiar tipología de los destinatarios que connota el Derecho comunitario en general y, por tanto, también las disposiciones incriminadoras que deberían garantizar su observancia” (estos destinatarios serían las personas jurídicas y, particularmente, las sociedades mercantiles)<sup>295</sup>. También Bajo Fernández considera que la concepción del *ius puniendi* como expresión de soberanía estatal ya no puede servir de obstáculo a la competencia europea en materia penal, ya que, para él, “esta concepción ya no resulta sostenible en el marco del Tratado de la Unión Europea (...), en que los Estados miembros han renunciado a importantes elementos constitutivos de su soberanía”<sup>296</sup>. De la misma opinión es Terradillos Basoco, para quien el concepto de soberanía resulta incompatible con el actual contexto globalizado del mundo y, más concretamente, de la UE, en el que han desaparecido ejércitos, monedas y fronteras propias y además se acepta la primacía del Derecho comunitario sobre el nacional, lo que lo lleva a concluir que “enfaticar el papel simbólico que se atribuye al *ius puniendi* como integrante esencial de la soberanía

---

<sup>295</sup> SGUBBI, FILIPPO, 'Derecho penal comunitario', *Cuadernos de política criminal*, 58 (1996). pp. 92-98.

<sup>296</sup> BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL & BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA, *Derecho penal económico*, 2ª edición, (Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010) p. 45.

es más pretexto que razón”<sup>297</sup>. Más lejos va Jescheck, quien considera que, desde el principio, han podido reconocerse algunos elementos en la UE, entre ellos, la soberanía que consiste “en el conjunto de los poderes públicos que los Estados miembros han cedido a la Unión”<sup>298</sup>. Silva Sánchez, por su parte, distingue dos concepciones distintas que pueden inferirse de la idea de soberanía. Por una parte, la soberanía puede ser entendida como soberanía *nacional*, en cuyo caso se subraya “la necesaria vinculación entre el contenido del Derecho penal y determinados principios y valores propios de la correspondiente cultura nacional”. Esta noción de soberanía, para el citado autor, ha quedado obsoleta y debe ser superada a través de la noción de ciudadanía europea. Por otra parte, la soberanía puede entenderse a partir de una “base material centrada en la idea de persona y en sus derechos fundamentales”. En este sentido, soberanía significa ciudadanía y eso implica precisamente que la soberanía es un “presupuesto ineludible de la conformación de un Derecho penal supranacional: un Derecho penal supranacional requiere una ciudadanía supranacional”<sup>299</sup>. Quintero Olivares defiende que espacio judicial creado por la Unión Europea no sólo no es incompatible con la pervivencia de los sistemas nacionales, sino que supone “una ampliación de esos sistemas que a su vez acoge la correlativa ampliación de los sistemas de los otros Estados miembros”<sup>300</sup>.

Efectivamente, opino con estos últimos autores que ya no puede sostenerse el argumento de la soberanía nacional como principal excusa para la negación de un Derecho penal europeo, pues desde el momento en que un Estado miembro decide ingresar a la Unión Europea, está reconociendo la cesión de parte de sus competencias

---

<sup>297</sup> TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 'Sistema penal y criminalidad internacional', en *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos "in memoriam"* (Ediciones Universidad Castilla La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001) p. 755.

<sup>298</sup> JESCHECK, HANS HEINRICH, 'Possibilità e limiti di un Diritto penale per la protezione dell'Unione Europea', en LORENZO PICOTTI (ed) *Possibilità e limiti di un Diritto penale dell'Unione Europea* (Giuffrè editore. Pubblicazioni del Centro di Diritto penale europeo Catania, Milán, 1999) p. 15.

<sup>299</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Crítica a los principios inspiradores del pretendido "Derecho penal europeo"', en SANTIAGO MIR PUIG & MIRENTXU CORCOY BIDASOLO (eds) *La política criminal en Europa* (Atelier, Barcelona, 2004) pp. 126-127.

<sup>300</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO, 'Derecho penal y Unión Europea: Territorio y competencia. El espacio judicial europeo', en *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*. (Estudios de Derecho judicial nº 155, 2009) p. 660.

soberanas<sup>301</sup>. Recordemos la naturaleza *sui generis* de la Unión Europea que, entre otras cosas, exige un cierto grado de transferencia de potestades soberanas. Así lo reconoce el propio TJCE en su famosa sentencia Van Gend & Loos, al argumentar “*que, por esas razones, ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un nuevo Ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales*”<sup>302</sup>. Y es que, aunque cada Estado legisle en materia penal, debe tener en cuenta que los valores que ha de proteger no son exclusivos de su ámbito nacional sino compartidos, porque son inseparables del “hecho europeo”, y que la necesidad de alcanzar esa unión, afinidad o concordancia supone que hayan de existir políticas comunes en diferentes ámbitos que, a su vez, producen el nacimiento o la modificación de bienes jurídicos que, aunque ya existan en los ordenamientos internos, deben adaptarse a esa política y a esos intereses comunes. Y, dado que se trata de bienes jurídicos acordes a esos intereses comunes, se entiende que deban intervenir los organismos ejecutivos y parlamentarios de la Unión para regularlos de acuerdo a su alcance supranacional<sup>303</sup>. Es decir, que puesto que hablamos de bienes jurídicos comunitarios, la defensa jurídico-penal de los mismos se ha convertido en competencia de la Unión<sup>304</sup>. Ese parece ser el sentir del TJUE al

---

<sup>301</sup> Por ejemplo, hemos renunciado a nuestra moneda nacional para adoptar la comunitaria, hemos renunciado a nuestras fronteras estatales en pro de una “gran frontera” comunitaria y a la consiguiente libre circulación de personas entre países y hemos suprimido la extradición en este ámbito. Éstos son sólo unos cuantos ejemplos de las cesiones que hemos hecho en competencias propias de la soberanía nacional.

<sup>302</sup> Caso Van Gend & Loos, STCE n° 26/62, de 5/02/193. Pág web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962J0026:ES:PDF>

<sup>303</sup> Todo ello sin perder de vista que la conformación como Estados de Derecho es más importante que la similitud en la descripción de los delitos. “Europa ha de llegar a ser un *gran Estado de Derecho compartido* (...) antes que solamente un territorio con intereses económicos comunes y leyes parecidas. Vid. QUINTERO OLIVARES, GONZALO, 'Derecho penal y Unión Europea: Territorio y competencia. El espacio judicial europeo', en *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*. (Estudios de Derecho judicial n° 155, 2009) pp. 660-661.

<sup>304</sup> Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese sostienen que esto tiene que ser así por tres motivos: primero, “porque los bienes jurídicos o intereses comunes esenciales para la Unión de Estados (...) sólo pueden ser protegidos, según la experiencia general, a través del Derecho penal”; segundo, “porque cada Estado Miembro no valora estos intereses comunes con igual intensidad, produciendo una diversidad de las respuestas penales que debilita la protección de los mismos”; y, tercero, porque “una economía unificada si quiere lograr una economía social de mercado altamente competitiva y fomentar una cohesión

manifestar en su sentencia de 21 de diciembre de 2011, asuntos acumulados C-411 y C-493/10, referida al derecho de asilo, que “*el art. 51, apdo. 1, de la Carta establece que las disposiciones de esta última se dirigen a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. (...) la decisión adoptada por un Estado miembro sobre la base del art. 3, apdo. 2, del Reglamento n° 343/2003 de examinar o no una solicitud de asilo de la que no es responsable según los criterios establecidos en el capítulo III de dicho Reglamento supone una aplicación del Derecho de la Unión la efectos del art. 6 TUE y/o del art. 51 de la Carta*”<sup>305</sup>. Además, como veremos más adelante, el Derecho comunitario incide de manera directa e indirecta en el Derecho penal de los Estados miembros; valga como ejemplo, en nuestro ordenamiento, la L.O. 5/2010 de modificación del Cp, que introduce o reforma numerosos tipos penales atendiendo a las reclamaciones del Derecho comunitario. Cada Estado miembro propone, pero, nos guste o no, es la Unión Europea quien dispone. Como bien afirma Quintero Olivares, “las competencias de la Unión en materia penal son cada vez mayores”<sup>306</sup>.

No obstante, sí es cierto que siguen quedando reductos en los que el Derecho comunitario todavía no ha incidido y que siguen siendo terreno del legislador nacional, como por ejemplo, en la parte general, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o, en la parte especial, las sanciones concretas a imponer para cada infracción, así como también existen parcelas en las que se permite a los Estados miembros renunciar a la aplicación de los preceptos europeos. El TJCE, en la sentencia referente al asunto C-388/08 PPU, reconoce el derecho de los Estados miembros a renunciar al principio de especialidad, principio vinculado al de soberanía, en el supuesto del sistema de entrega (sustitutivo del de extradición) entre autoridades judiciales de personas condenadas o sospechosas para la mejor ejecución de las sentencias. Dice exactamente el TJCE en este caso: “*El art. 27, apdo. 2, de la Decisión*

---

económica (...) requiere un Derecho penal unificado”. BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL & BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA, *Derecho penal económico*, 2ª edición, (Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010) pp. 45-46.

<sup>305</sup> STJUE de 21/12/2011, (TJCE\2011\422), párrafos 64 y 69

<sup>306</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO, 'Derecho penal y Unión Europea: Territorio y competencia. El espacio judicial europeo', en *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*. (Estudios de Derecho judicial n° 155, 2009) p. 661.



*marco (LCEur 2002, 1985) consagra el principio de especialidad, según el cual una persona que ha sido entregada no puede ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiere motivado su entrega. Este principio está vinculado a la soberanía del Estado miembro de ejecución (...). Los Estados miembros pueden renunciar a la aplicación del principio de especialidad, de conformidad con el art. 27, apdo. 1, de la Decisión marco (LCEur 2002,1985)”<sup>307</sup>. Y en la STJUE de 28 de junio de 2012, también referida a la “entrega o extradición ulterior”, dispone que “El gobierno finlandés alega que esta interpretación puede impedir la consecución del objetivo perseguido por el art. 28, apdo. 2, de la Decisión marco, el cual tiene por objeto tanto proteger la soberanía del Estado miembro que haya entregado la persona como garantizar que, tras su entrega, esta persona no será ni objeto de diligencias, ni condenada, ni entregada ulteriormente a otro Estado miembro por infracciones cometidas antes de la entrega inicial y que no constituirían el fundamento de ésta. A este respecto, es necesario recordar que el principio de reconocimiento mutuo no implica una obligación absoluta de ejecución de la orden de detención europea. Tal como se desprende del apdo. 55 de la presente sentencia, el sistema de la Decisión marco, (...) deja a los estados miembros la posibilidad de permitir, en determinadas situaciones, a las autoridades judiciales competentes negarse a ejecutar una entrega”<sup>308</sup>.*

Creo, en fin, que nos seguimos resistiendo cuando se habla de cesión de la soberanía o de competencias soberanas, aunque sea lo cierto que ésta ya es una evidencia y, en múltiples ocasiones, tengamos que asistir impotentes a resoluciones europeas contrarias a nuestros intereses nacionales y a nuestro entender jurídico-penal.

### **2.2.3. El déficit democrático en la Unión Europea: otro obstáculo para alcanzar un Derecho penal unitario**

El segundo gran obstáculo que se perfila para la construcción de un Derecho

---

<sup>307</sup> STJCE de 1/12/2008, caso procesal penal contra Artur leymann y otros, (TJCE\2008\358), párrafos 43, 44 y 45.

<sup>308</sup> STJU de 28 de junio de 2012, (JUR\2012\326615), párrafos 63 y 64.

penal unitario es el déficit democrático que presentan las instituciones comunitarias, observándose en este campo un distanciamiento de la tradición legislativa de los Estados miembros. Sin ir más lejos, podemos señalar como ejemplo nuestro Derecho patrio: En España, las disposiciones relativas al Derecho penal siempre tienen que tener rango de ley (principio de legalidad penal) y, más aún, cuando se trata de preceptos que afectan a la materia “de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, se exige rango de Ley Orgánica<sup>309</sup>. Es decir, para que se cumpla el principio de legalidad penal, no sólo debe cubrirse el requisito de ser una *lex scripta* sino también de tratarse de una *lex parlamentaria*, estableciéndose, por tanto, un presupuesto de legitimidad democrática *directa* en el caso de las leyes penales<sup>310</sup>. Sin embargo, en el seno de la Unión Europea quien ostenta la competencia para adoptar normas penales no es el Parlamento sino el Consejo -compuesto por los ministros de los Estados miembros, esto es, no un órgano legislativo sino un órgano ejecutivo, gubernativo-.

La doctrina mayoritaria se ha mostrado de acuerdo en señalar este déficit democrático como el gran obstáculo<sup>311</sup>. Dado que “el Derecho penal exige un alto nivel

---

<sup>309</sup> Vid. art. 53 y 81CE.

<sup>310</sup> Vid. PÉREZ DEL VALLE, CARLOS, 'Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad', *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 4 (octubre 2008). p. 11. GÓNZALEZ VIADA, NATACHA, *Derecho penal y globalización*, (Marcial Pons, Madrid, 2009) p. 136.

<sup>311</sup> ALCALÉ SÁNCHEZ, MARÍA, 'Derecho penal y Tratado de Lisboa', *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 30 (2008). p. 353. GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS, 'Modelos del sistema europeo de Derecho penal ¿unificación versus armonización?', en MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (ed) *Constitución europea y Derecho penal económico* (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) pp. 328-330. JESCHECK, HANS HEINRICH, 'Possibilità e limiti di un Diritto penale per la protezione dell'Unione Europea', en LORENZO PICOTTI (ed) *Possibilità e limiti di un Diritto penale dell'Unione Europea* (Giuffrè editore. Pubblicazioni del Centro di Diritto penale europeo Catania, Milán, 1999) p. 15. PÉREZ DEL VALLE, CARLOS, 'Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad', *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 4 (octubre 2008). p. 12. GÓNZALEZ VIADA, NATACHA, *Derecho penal y globalización*, (Marcial Pons, Madrid, 2009) p. 136. VOGEL, JOAQUIM, 'Derecho penal y globalización', *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, nº 9 (2005). p. 119. VORMBAUM, MORITZ, 'El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo', *Revista penal*, nº 19 (2007). p. 112. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica', *Revista penal*, 13 (2004). p. 139. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Crítica a los principios inspiradores del pretendido "Derecho penal europeo"', en SANTIAGO MIR PUIG & MIRENTXU CORCOY BIDASOLO (eds) *La política criminal en Europa* (Atelier, Barcelona, 2004) p. 124.

de legitimación<sup>312</sup>”, Vogel entiende que “ante todo se plantea la cuestión de legitimación democrática de agentes distintos de los Estados nacionales democráticos, especialmente en lo que se refiere a las organizaciones inter y supranacionales como (...) la Unión Europea”, constatando respecto de ella “un «déficit democrático» que sería incompatible con competencias sustanciales en materia de legislación penal o política criminal”<sup>313</sup>.

Matellanes Rodríguez argumenta que no existe “una auténtica institución de corte democrático-representativo, al modo de los parlamentos nacionales, expresión suprema de la voluntad popular”<sup>314</sup>. Para esta autora se hace precisa la transferencia de potestades penales de los Estados miembros a la UE y la concesión de poderes legislativos al Parlamento Europeo.

Vormbaum también considera un gran problema este déficit democrático y afirma que “la legislación de la Unión Europea no tiene ninguna legitimación democrática”<sup>315</sup>. Y ello es así porque quienes deciden el contenido de las normas europeas son los órganos gubernamentales de los Estados miembros, por lo que a los parlamentos nacionales no les queda más remedio que transformar los contenidos de esas normas decididas por los gobiernos en leyes internas, conculcándose la reserva parlamentaria<sup>316</sup>.

---

MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, 'La incidencia del Derecho Comunitario en la protección penal del Medio Ambiente', *Noticias de la Unión Europea*, 240 (2005). pp. 83-84.

<sup>312</sup> VOGEL, JOAQUIM, 'Derecho penal y globalización', *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, nº 9 (2005). p. 119. En el mismo sentido, Vormbaum señala que “precisamente en el ámbito del Derecho penal, aún más que en otros ámbitos del derecho, es imprescindible una legitimación democrática”. VORMBAUM, MORITZ, 'El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo', *Revista penal*, nº 19 (2007). p. 112

<sup>313</sup> VOGEL, JOAQUIM, 'Derecho penal y globalización', *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, nº 9 (2005). p. 119.

<sup>314</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, 'La incidencia del Derecho Comunitario en la protección penal del Medio Ambiente', *Noticias de la Unión Europea*, 240 (2005). pp. 83-84.

<sup>315</sup> VORMBAUM, MORITZ, 'El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo', *Revista penal*, nº 19 (2007). p. 102

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 103.

Reflexiona Silva Sánchez que resulta discutible que un órgano comunitario que sólo es limitadamente democrático pueda incidir sobre otro que sí lo es y obligarlo a legislar en un marco preestablecido vinculantemente, es decir, “nos hallamos ante una ley nacional “condicionada” por la autoridad administrativa comunitaria”<sup>317</sup>. Pareciera que las garantías clásicas del Derecho penal se conservan, pero -a juicio del mencionado autor- en realidad se ignoran al atribuir competencias en materia de Derecho penal al Consejo<sup>318</sup>.

Por lo tanto, el déficit democrático de la UE se ha considerado como un serio impedimento para una legislación penal europea en sentido estricto, al carecer de un Parlamento con funciones legislativas que sea auténticamente representativo de todos los pueblos e intereses y, consiguientemente, atentaría contra la tradición de los Estados miembros que se pudieran dictar sanciones penales por un órgano no surgido directamente de la elección popular -el Consejo- y aplicadas por un órgano no jurisdiccional -la Comisión-<sup>319</sup>. En efecto, hay un hecho indiscutible y es “la real ausencia de una efectiva competencia del Parlamento comunitario para producir leyes penales”<sup>320</sup>. Pero el déficit democrático se debería a varios factores: en primer lugar, a la falta de legitimidad de los órganos que elaboran las normas europeas; en segundo lugar, a la poca influencia ciudadana en la adopción de las mismas; y, en tercer lugar, a la falta de un sistema eficaz que controle el cumplimiento de las decisiones adoptadas<sup>321</sup>.

El argumento del déficit comunitario, sin embargo, es refutado por Quintero Olivares, para quien la defensa de este argumento demuestra la no comprensión de lo que significa el proyecto político de la UE, ya que, de ser cierto, implicaría la

---

<sup>317</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica', *Revista penal*, 13 (2004). p. 139.

<sup>318</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Crítica a los principios inspiradores del pretendido "Derecho penal europeo"', en SANTIAGO MIR PUIG & MIRENTXU CORCOY BIDASOLO (eds) *La política criminal en Europa* (Atelier, Barcelona, 2004) p. 124.

<sup>319</sup> FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, 'Derecho penal y competencias de las Comunidades Europeas', *Cuadernos de política criminal*, 48 (1992). p. 815

<sup>320</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO, 'La unificación de la Justicia Penal en Europa', *Revista penal*, 3 (1999). p. 54.

<sup>321</sup> ROMEO MALANDA, SERGIO, 'Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa', *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII (2012). p. 335

aceptación de que el Parlamento europeo puede llegar a aprobar una ley en contra de la opinión mayoritaria de los eurodiputados de un Estado y esto es pura especulación sin base, porque el Parlamento Europeo, primero, carece de competencias legisladoras y, segundo, los Estados miembros podrían introducir las reservas que estimasen oportunas para evitar que se les impusiera una norma mayoritariamente rechazada<sup>322</sup>. Otros autores, aún defendiendo que existe un déficit democrático, reconocen la existencia de algunos argumentos para refutarlo, como la existencia de una cierta base democrática, ya que los representantes del Consejo Europeo tienen legitimación democrática al haber sido elegidos democráticamente en sus respectivos países<sup>323</sup> o que, en el caso de las directivas, dado que se requiere la intervención del Parlamento Europeo, se estaría legitimando democráticamente (y de forma directa) la elaboración de la norma<sup>324</sup>. Y Almonacid Lamelas defiende que existe una legitimidad constitucional del entramado europeo desde el momento en que los Estados miembros, al ratificar los Tratados de adhesión, están cediendo voluntariamente estas potestades para que las ejerzan las Instituciones europeas<sup>325</sup>.

En cualquier caso, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se advierte la intención de un nuevo modelo institucional, ya que el citado Tratado ha introducido algunos cambios en esta materia, en concreto en lo que se refiere al Parlamento Europeo y al proceso democrático y a la participación ciudadana<sup>326</sup>. El objetivo del Tratado de

---

<sup>322</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO, 'La unificación de la Justicia Penal en Europa', *Revista penal*, 3 (1999). p. 55

<sup>323</sup> Vid. VORMBAUM, MORITZ, 'El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo', *Revista penal*, nº 19 (2007). p. 103. No obstante, el propio autor, admite que no está de acuerdo con ese argumento: "para mí, ese argumento no tiene ninguna fuerza persuasiva. Si se tiene en cuenta que son 25 ministros los que forman el Consejo Europeo, tendremos que entender que cada uno de ellos no estará popularmente legitimado desde el punto de vista de 24 de los Estados miembros".

<sup>324</sup> PÉREZ DEL VALLE, CARLOS, 'Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad', *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 4 (octubre 2008). p. 12

<sup>325</sup> ALMONACID LAMELAS, VÍCTOR, 'Sobre la posición del tratado y de la normativa europea en relación con nuestro ordenamiento jurídico', *Noticias Jurídicas*, (febrero 2006). Pág. web: <http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho%20Comunitario/200602-75791011065400.html>.

Visitada el 01/03/2014.

<sup>326</sup> El art. 12 TL que lleva por título "Principio democráticos" modifica el Título II TUE y sustituye el art. 8 TUE por los nuevos arts. 8 a 8C, entre los que podemos destacar, a los efectos del tema que estamos tratando, los siguientes párrafos del artículo 8 A: 1. El funcionamiento de la Unión se basa en la

Lisboa es hacer que “la UE sea más democrática, eficiente y transparente”<sup>327</sup>. El propio Tratado comienza con una declaración de intenciones para la corrección del déficit democrático, al reconocer que convienen en modificar el TUE, el TCE y el TCECA “con el fin de reforzar la eficacia y la legitimidad democrática de la Unión y mejorar la coherencia de su acción”<sup>328</sup>, y en cuanto al espacio de justicia, libertad y seguridad, también se acentúa la consecución de este objetivo<sup>329</sup>. Ahora se concede un mayor

---

democracia representativa. 2. Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo. 3. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos. Tratado de Lisboa, BOUE C306, de 17/12/2007, pp. 14-15.

<sup>327</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Su guía sobre el Tratado de Lisboa*, (Dirección General de Comunicación, julio 2009) p. 2. En concreto las innovaciones que presenta el Tratado de Lisboa respecto a este tema son las siguientes: “El Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales tienen mayor protagonismo, hay más oportunidades para que los ciudadanos hagan oír su voz y es más fácil saber cómo se reparten las tareas entre la Unión y los países miembros. Mayor protagonismo del Parlamento Europeo: el Parlamento Europeo, directamente elegido por los ciudadanos de la Unión, estrena nuevas competencias sobre legislación, presupuesto y firma de acuerdos internacionales por la UE. Cabe destacar el mayor recurso al procedimiento de codecisión, pues coloca al Parlamento Europeo en pie de igualdad con el Consejo, que representa a los Estados miembros, para la mayor parte de la legislación de la UE. Mayor participación de los Parlamentos nacionales: los Parlamentos nacionales pueden participar más en las labores de la UE gracias, en particular, a un nuevo mecanismo que garantiza que la Unión sólo actúe cuando resulte más eficaz (subsidiariedad). (...) A la escucha de los ciudadanos: gracias a la “iniciativa ciudadana”, un grupo de al menos un millón de ciudadanos de un número significativo de Estados miembros puede pedir a la Comisión que haga propuestas de legislación. Reparto de tareas: la relación entre los Estados miembros y Unión Europea queda más perfilada gracias a una clasificación precisa de las competencias de cada cual. Retirada de la Unión: el Tratado de Lisboa prevé explícitamente por primera vez la posibilidad de que un Estado miembro se retire de la Unión”. Pág. web UE: [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/glance/index\\_es.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_es.htm)

<sup>328</sup> Preámbulo del Tratado de Lisboa. DOUE C-306 de 17/12/2007, p. 3.

<sup>329</sup> “Entre las grandes prioridades de la Unión Europea figura la de crear un espacio de justicia, libertad y seguridad. El Tratado de Lisboa introduce cambios importantes en las actuales normas europeas sobre libertad, seguridad y justicia y facilita una actuación más amplia, legítima, eficaz, transparente y democrática de la UE en este campo. Antes de su entrada en vigor, las decisiones importantes en esta materia debían adoptarse por unanimidad en el Consejo; al Parlamento y el Tribunal de Justicia Europeos les correspondía un papel menor. El Tratado de Lisboa supone mayor democracia y transparencia: un conjunto uniforme de disposiciones jurídicas se adopta ahora en un proceso en el que el Parlamento Europeo, como colegislador (procedimiento de codecisión), desempeña un papel más relevante. Además, se extiende el principio de mayoría cualificada en el Consejo. La actuación de la UE con respecto a la cooperación policial y judicial en asuntos penales se ve facilitada al suprimirse la distinción entre

protagonismo al Parlamento Europeo, al ampliar su esfera de competencias, aumentando el número de ámbitos en los que el Parlamento Europeo compartirá su labor legislativa con el Consejo, a través del procedimiento de “codecisión”, denominado ahora “procedimiento legislativo ordinario”<sup>330</sup>, y entre ellos, la cooperación judicial penal (Eurojust, prevención de la delincuencia, aproximación de las normas penales, infracciones y sanciones) o la cooperación policial. Además, con el nuevo Tratado se otorga también una mayor participación a los Parlamentos nacionales, gracias al mecanismo de la “subsidiaridad”, según el cual la Unión sólo actuará cuando resulte más eficaz. Para la Unión, “esta novedad, unida al mayor protagonismo del Parlamento Europeo, acrecienta la democracia y la legitimidad de las actuaciones de la Unión”<sup>331</sup>.

Es por ello que varios autores ya “hablan en pasado” del déficit democrático. José Ángel Sotillo<sup>332</sup>, por ejemplo, escribe lo siguiente: “De mayor calado son las disposiciones sobre los principios democráticos, mejorando la legitimidad y ahuyentando el anteriormente famoso déficit democrático. El funcionamiento de la

---

diferentes ámbitos políticos (los denominados "pilares") que antes caracterizaba a la estructura institucional. No obstante, los Estados miembros mantienen la posibilidad de emprender iniciativas legislativas sobre cooperación policial operativa, justicia penal y cooperación administrativa (siempre y cuando las respalde una cuarta parte del total de países). La Comisión Europea asume plenamente su papel como guardiana de los Tratados y como garante, junto al Tribunal de Justicia Europeo, de la correcta aplicación de todas las decisiones. Los Parlamentos nacionales participan de manera más activa en el examen y la elaboración de dictámenes sobre temas de justicia, libertad y seguridad. El Tratado de Lisboa garantiza las libertades y los principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyas disposiciones pasan a ser jurídicamente vinculantes. Por su parte, el Tribunal de Justicia obtiene más poderes para asegurar la correcta aplicación de la Carta. Todos estos cambios contribuyen a un proceso decisorio más amplio, legítimo, eficaz, transparente y democrático para el espacio común de libertad, seguridad y justicia, y ponen fin a los repetidos bloqueos de propuestas a que daba lugar el principio de unanimidad. Es de señalar, no obstante, que tres Estados miembros han juzgado necesario negociar o prorrogar ciertas disposiciones particulares sobre aspectos concretos de justicia, libertad y seguridad para mantener algunos puntos de sus normativas nacionales”. Pág. web UE: [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/glance/justice/index\\_es.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/justice/index_es.htm)

<sup>330</sup> Arts. 293 y ss TFUE.

<sup>331</sup> Pág. web UE: [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/glance/index\\_es.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_es.htm)

<sup>332</sup> SOTILLO LORENZO, JOSÉ ÁNGEL, 'La Unión Europea con el Tratado de Lisboa: cambios en tiempos de crisis', *Fundación Carolina, Nombres propios*. <http://www.fundacioncarolina.es>, (3 de febrero de 2010).

Unión se basa en la democracia representativa, pero se incluye también la democracia participativa, con la opción de que “un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines La UE con el Tratado de Lisboa: de la aplicación de los Tratados (art. 11 TUE). La enrevesada jerga del lenguaje formal de los tratados europeos, y la complejidad que requiere su aplicación, no debe empañar el potencial que esta forma de participación abre a la ciudadanía europea, la iniciativa popular, no sólo como destinataria de las políticas de la Unión, sino, con todas las reservas -y a falta de conocer el desarrollo e implementación de esa norma- como actor de su puesta en escena. También la legitimidad de la política europea se refuerza con una mayor participación de los Parlamentos nacionales (art. 12 TUE)”. Y Romeo Malanda considera que “el tan manido «déficit democrático» que aún pudiera subsistir tras el Tratado de Lisboa no puede esgrimirse para restar legitimidad democrática a las normas penales que se dicten de acuerdo con el procedimiento establecido” puesto que “si la Unión Europea tiene actualmente atribuida una competencia para legislar sobre asuntos penales, con el correspondiente efecto vinculante para los Estados miembros, (...) es precisamente porque los ciudadanos europeos, a través de sus respectivos órganos de representación, lo han querido así”<sup>333</sup>. Por tanto, para este autor, han sido los parlamentos nacionales quienes han legitimado ese nuevo mecanismo de aprobación de normas penales, a las que han decidido libremente someterse.

No estoy de acuerdo con esta última apreciación, pues, como comentábamos al principio de este capítulo, el Derecho penal exige una legitimación democrática *directa* y, en el ámbito europeo, nos encontramos ante una legitimación indirecta. Los ciudadanos no eligen a los miembros del Consejo, eligen, sí, a los ministros -de “su” Estado- que les va a representar en el foro, pero ellos no eligen a los ministros de los 27 restantes países y que también van a decidir cuestiones que les afectaran. Eligen a un representante de 28, no parece muy democrático. No obstante, Romeo Malanda insiste

---

<sup>333</sup> ROMEO MALANDA, SERGIO, 'Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa', *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII (2012). pp. 336-337.



en que el Derecho penal de la Unión Europea está legitimado por varias vías -a saber, un Parlamento supranacional elegido directamente por todos los ciudadanos europeos, una participación de los parlamentos nacionales en el proceso legislativo supranacional, una participación de los Estados, representados por su legítimo poder ejecutivo, que ha sido democráticamente elegido por los ciudadanos de los respectivos países, una previa delegación de competencias de los parlamentos nacionales a la Unión, una aplicación posterior de las decisiones adoptadas por la Unión a través de los parlamentos nacionales (transposición de las directivas) y un sistema eficaz de control de tales decisiones por parte del TJUE- que se refuerzan y en que “la participación del Consejo no es un demérito sino que, muy al contrario, refuerza dicha legitimidad”<sup>334</sup>.

Es verdad que se ha avanzado en este campo y, como bien señala Moreno Juste, se ha respondido a la acusación del déficit democrático, “acusación que de antiguo recibían las instituciones comunitarias y ampliamente denunciado esos años (...) con una relativa extensión de los poderes del Parlamento Europeo, fundamentalmente a partir del procedimiento de codecisión”<sup>335</sup>. A ello habría que añadir el derecho de petición ante el Parlamento Europeo y la creación de la figura de un Defensor del Pueblo europeo<sup>336</sup>, pero pienso que ello no implica que se haya solucionado totalmente el problema. Es cierto que se ha actuado para corregirlo, pero no resulta suficiente<sup>337</sup>.

---

<sup>334</sup> ROMEO MALANDA, SERGIO, 'Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa', *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII (2012). pp. 339-340.

<sup>335</sup> MORENO JUSTE, ANTONIO, 'El proceso de construcción europea: de la CECA a la UE', en JUAN CARLOS PEREIRA (ed) *Historia de las relaciones internacionales contemporáneas*. 2ª ed. act. (Ariel, Barcelona, 2009) p. 582.

<sup>336</sup> *Ibidem*, p. 582.

<sup>337</sup> Efectivamente, los cambios generados por el TL -posibilidad de que se impulse una iniciativa legislativa popular (un millón de firmas de ciudadanos de la UE), mayor control otorgado a los parlamentos nacionales y regionales para el control y seguimiento de la subsidiariedad (protocolos anejos al Tratado) y la extensión de la codecisión como “procedimiento legislativo ordinario”- suponen una serie de correctivos al monopolio de iniciativa de la Comisión y al poder legislativo del Consejo, pero no son suficientes para hablar de una gobernanza definitivamente sometida al control democrático. Por ejemplo, en el caso de **la** Iniciativa Ciudadana Europea, uno de los instrumentos introducidos en el Tratado de Lisboa para dotar de una mayor democracia a las instituciones comunitarias, teniendo en cuenta que el 71 % de los encuestados ve poco o nada probable que vaya a participar en esta iniciativa y, dado que es preciso recabar un millón de firmas, crear un “comité de ciudadanos” integrado como mínimo por siete

Esta parece ser también la postura de Silva Sánchez, pues, ya antes de la aprobación del Tratado de Lisboa, argumentaba que “no bastaría con una modificación del Tratado de la Unión Europea que atribuyera formal y explícitamente la competencia para la legislación penal al Parlamento Europeo. Además, resulta imprescindible que el Parlamento Europeo desempeñe, en el ámbito comunitario, la misma función institucional (de autorreferencialidad) que desempeñan los Parlamentos nacionales en los distintos Estados” y que se “garantice que los derechos fundamentales van a estar protegidos de modo vinculante en el plano comunitario”. Para él no se podrá hablar de Derecho penal europeo, al menos en lo referente a las penas privativas de libertad, sin el desarrollo de una Constitución, ya que en este tema han de exigirse estrictamente todas las garantías del Derecho penal clásico. Por ello, “los déficits democráticos que podrían permitir todavía el dictado de un Derecho «penal» judicial europeo, con penas pecunarias o privativas de derechos, impiden radicalmente el establecimiento de un Derecho penal de penas privativas de libertad”<sup>338</sup>. En el mismo sentido, Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese afirman que “el déficit democrático no se corrige porque hoy el poder legislativo se comparta, a través de la codecisión con el Parlamento, como establece el Tratado de Lisboa”<sup>339</sup>. Y es que, si tras el Tratado de Lisboa, el TFUE dispone en su art. 83 que “*el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad*” y las directivas -aún tratándose de un procedimiento codecisorio con el Parlamento- emanan de un órgano ejecutivo, sigue existiendo un déficit democrático. Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese consideran que esta ausencia de legitimidad se acentúa en el ámbito financiero, interés primigenio

---

ciudadanos de la UE residentes en, al menos, siete Estados miembros distintos, y que, además, el derecho de iniciativa ciudadana no retira el monopolio en este campo a la Comisión Europea, sino que ésta última sigue pudiendo dar curso o no a la iniciativa propuesta por los ciudadanos europeos a su arbitrio, parece que, al menos en la práctica, este instrumento no va a suponer un gran cambio.

<sup>338</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Crítica a los principios inspiradores del pretendido "Derecho penal europeo"', en SANTIAGO MIR PUIG & MIRENTXU CORCOY BIDASOLO (eds) *La política criminal en Europa* (Atelier, Barcelona, 2004) p. 125.

<sup>339</sup> BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL & BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA, *Derecho penal económico*, 2ª edición, (Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010) pp. 62-63.

de la Comunidad, ya que “se trataría de una regulación penal dictada directamente por la víctima lo que vicia el Derecho penal, así nacido, de instrumento parcial”<sup>340</sup>. Igual opinión manifiesta Acale Sánchez, para quien “el Tratado de Lisboa no termina de solventar el entuerto planteado durante años, a pesar de que diseñe un modelo en virtud del cual, los miembros del Parlamento europeo -sobre el que recae en mayor medida la facultad de legislar-, sean elegidos directamente por los ciudadanos de la Unión, pues encarga dicha labor legislativa además de a aquel, al Consejo, compuesto por un representante ministerial de cada uno de los Estados miembros y que, por tanto, se trata de un órgano que carece de la legitimidad democrática”. Para esta autora el verdadero objetivo del modelo diseñado por el Tratado de Lisboa lo que en realidad pretende es “el control mutuo, ante la falta de confianza por parte de los Estados en la construcción del entramado normativo europeo por las propias instituciones europeas”, por lo que concluye afirmando la subsistencia del déficit democrático, puesto que se sigue concediendo poder legislativo a un órgano ejecutivo<sup>341</sup>.

Parece, pues, que con el Tratado de Lisboa, se sortean en buena medida las deficiencias democráticas, pero a mi juicio, como hemos señalado, no quedan solventadas del todo. Todavía nos encontramos con un déficit democrático, al no existir un Poder Legislativo en el sentido clásico, elegido por el electorado de cada Estado miembro, aunque también creo que, como todo lo que tiene que ver con la relación entre la normativa unitaria y las normativas internas de los Estados miembros, como veremos en el epígrafe siguiente, no todo es blanco ni negro y existe en este tema una cierta escala de grises que no puede ser objeto de una respuesta unilateral.

Por una parte, vemos que sí se cumple el requisito democrático en la elección del Parlamento Europeo, pues éste es elegido por los ciudadanos de la Unión Europea para representar sus intereses<sup>342</sup>. En efecto, los diputados del Parlamento Europeo, elegidos por sufragio universal directo cada cinco años, representan a los ciudadanos de los Estados miembros<sup>343</sup>. Pero, por otra parte, observamos que el poder legislativo no recae

---

<sup>340</sup> *Ibidem*, pp. 62-64.

<sup>341</sup> ACALE SÁNCHEZ, MARÍA, 'Derecho penal y Tratado de Lisboa', *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 30 (2008). Pp. 353-354.

<sup>342</sup> Pág. Web UE: [http://europa.eu/institutions/inst/parliament/index\\_es.htm](http://europa.eu/institutions/inst/parliament/index_es.htm). Visitada el 01/03/2014.

<sup>343</sup> Pág. Web UE: [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/glance/democracy/index\\_es.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/democracy/index_es.htm). Visitada el 01/03/2014.

en éste sino que recae mayoritariamente en el Consejo Europeo, formado por un ministro de cada Estado miembro, es decir, por el Poder ejecutivo. Con cada modificación de los Tratados se ha ido ampliando la esfera de competencias del Parlamento, llegando al Tratado de Lisboa, que ha aumentado las áreas en que el “Poder legislativo” será compartido entre el Parlamento Europeo y el Consejo, pero -y por ello opino que el problema del déficit democrático no queda solventado del todo- ello supone dos consecuencias: primero, que el Parlamento Europeo tendrá atribuciones legislativas en *casi todos* los procesos legislativos, pero no en *todos*<sup>344</sup> (aunque también es cierto que en los ámbitos en los que no tiene competencias legislativas deberá ser consultado por el Consejo); y, segundo, que en los procesos en los que sí puede intervenir legislativamente, lo hace solo con una participación del 50% (codecisión con el Consejo). Por otra parte, el art. 68 TFUE dispone que “*el Consejo Europeo definirá las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia*”, es decir, se otorga la iniciativa legislativa en materia penal al Consejo Europeo, formado por los Jefes de Estado o de Gobierno. De nuevo, un órgano ejecutivo es quien va a decidir la política criminal a seguir.

Sin embargo, también es cierto –por ello digo que existe una escala de grises- que no parece probable, como sostiene Quintero Olivares<sup>345</sup>, que pueda llegar a aprobarse una ley en contra de la opinión mayoritaria de los eurodiputados, además del añadido que supone la entrada, a través del Tratado de Lisboa, de la iniciativa popular y de que el art. 82 TFUE, en su apartado 3, establezca la posibilidad de que un Estado miembro paralice un proyecto de directiva si ésta “*afecta a aspectos fundamentales de sus sistema de justicia penal*”<sup>346</sup>.

---

<sup>344</sup> Art. 83.1 TFUE: “*Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo*”.

<sup>345</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, GONZALO, 'La unificación de la Justicia Penal en Europa', *Revista penal*, 3 (1999). p. 55.

<sup>346</sup> Art. 82.3 TFUE: “*Cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplada en el apartado 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento*

En definitiva, hemos mejorado mucho, pero todavía nos queda camino por andar en este tema.

#### **2.2.4. La incidencia del Derecho comunitario en el Derecho penal interno**

Como hemos adelantado antes, aunque no exista una codificación penal europea ni podamos hablar de un Derecho penal comunitario *strictu sensu*, como conjunto de normas y principios comunes a todos los Estados miembros plasmados en un Código penal europeo, es lo cierto que sí existe una incidencia del Derecho de la UE en los Derecho penales internos, que los condiciona en mayor o menor medida, tanto positiva (creación de nuevos preceptos) como negativamente (desincriminación de conductas).

Aunque el sistema europeo de Derecho penal se configura a través varias técnicas de integración, como la armonización del Derecho penal procesal y material, la asimilación, el principio de reconocimiento mutuo o el principio de interpretación conforme al Derecho penal nacional<sup>347</sup>, esta incidencia tiene su origen en dos principios básicos: el principio de efecto directo y el principio de primacía. Terradillos Basoco los considera la “piedra angular” en las relaciones entre los ordenamientos nacionales y el comunitario. En concreto, explica este autor la importancia de los mencionados principios con estas palabras: “El principio de primacía -que hace inaplicables las disposiciones nacionales contrarias al Derecho comunitario e impide la aprobación de otras semejantes en el futuro- ha constituido, junto al de eficacia o efecto directo, la piedra angular de las relaciones Derecho interno-Derecho comunitario, y juntos, o bien han dejado sin contenido ciertas decisiones criminalizadoras del legislador interno, o

---

*legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario.”*

<sup>347</sup> Vid. NIETO MARTÍN, ADÁN, 'Modelos de organización judicial en el Derecho penal europeo', en LUIS MARÍA DÍEZ-PICAZO & ADÁN NIETO MARTÍN (eds) *Los Derechos Fundamentales en el Derecho penal europeo* (Thomson Reuters, Navarra, 2010) p. 149.

bien, en sentido contrario, han determinado el contenido de los tipos penales que recurren a elementos normativos o que, más directamente, optan por la remisión expresa<sup>348</sup>.

Mediante estos principios, el Derecho comunitario incide positiva y negativamente en la legislación penal estatal<sup>349</sup>, todo ello sin olvidar dos límites a este proceso de integración: el llamado límite *a priori*, que implica la existencia de una cláusula constitucional que habilita la integración y supone la base jurídica nacional de la pertenencia a la Unión Europea y, sobre todo, “la delegación de soberanía parcial” que realiza el Estado miembro en beneficio de la estructura supraestatal, así como el denominado límite *a posteriori* que podrá ser ejercido por los Tribunales nacionales a la hora de examinar la compatibilidad de su sistema jurídico, en especial el constitucional, con el Derecho de la Entidad supranacional<sup>350</sup>.

El principio de **efecto directo** significa que las normas del Derecho comunitario son aplicables desde su publicación sin necesidad de exigir para ello la creación de disposiciones estatales que las transformen en normas internas, generando derechos y obligaciones para sus destinatarios, Estados o particulares, y sin que pueda hacerse distinción por razón del carácter penal o no del procedimiento en el que pretenda hacerse valer dicho efecto directo<sup>351</sup>. De esta forma, pueden ser invocadas por los

---

<sup>348</sup> TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 'La Constitución para Europa: un reto político-criminal', *revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 9, nº 20 (2005). pp. 24-25

<sup>349</sup> Vid. CUERDA RIEZU, ANTONIO, '¿Ostenta ius puniendi las Comunidades Europeas?', en GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, et al. (eds) *Hacia un Derecho penal económico europeo* (Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995) p. 625. DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, 'Derecho comunitario y derecho estatal en la tutela del ambiente', *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2 (2004). [http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc\\_02-04.htm](http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_02-04.htm)

<sup>350</sup> ALMONACID LAMELAS, VÍCTOR, 'Sobre la posición del tratado y de la normativa europea en relación con nuestro ordenamiento jurídico', *Noticias Jurídicas*, (febrero 2006). Pág. web: <http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho%20Comunitario/200602-75791011065400.html>. Visitada el 01/03/2014.

<sup>351</sup> Así lo reconoció el TJ en su sentencia nº 82/71 de 21 de marzo de 1972, en el caso “SAIL” al manifestar que “la eficacia del Derecho comunitario no puede variar según los diversos sectores del derecho nacional en los cuales éste pueda desplegar sus efectos”. Recopilación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. 1972, pp. 119 y ss.

particulares ante los tribunales o ante cualquier Administración nacional, quienes tienen la obligación de aplicarlas directamente al caso y velar por el respeto de los derechos u obligaciones que de ellas se deriven. Es decir, por el principio de efecto directo, el Derecho comunitario genera derechos directamente invocables jurisdiccionalmente<sup>352</sup>. Conviene distinguir entre la “aplicabilidad directa”, esto es, que el Derecho comunitario se integra automáticamente en el Ordenamiento interno sin necesidad de una norma nacional de recepción y el “efecto directo”, que supone que algunas normas comunitarias pueden crear derechos y obligaciones para los particulares, quedando los tribunales nacionales encargados de velar por su cumplimiento. Millán Moro explica muy bien esta diferencia: “la aplicabilidad directa se refiere a la manera en que las disposiciones de Derecho comunitario se convierten en Derecho vigente en los Estados miembros, y disposiciones directamente aplicables serán las que se integren automáticamente en el Ordenamiento de los Estados miembros, sin necesitar medida nacional alguna de introducción para su validez, mientras que no serán disposiciones directamente aplicables las que necesiten ser traducidas a Derecho nacional para integrarse en cuanto tales en dichos ordenamientos. El efecto directo, en cambio, se refiere a la propia naturaleza de la disposición comunitaria, que al ser completa, jurídicamente perfecta y no dejar margen discrecional a los Estados miembros (o muy escaso y judicialmente controlable), y en el caso de que confiera derechos a los particulares, podrá ser alegada por éstos ante los tribunales nacionales para hacer valer dichos derechos y para evitar, por lo general, la aplicación de la legislación nacional contraria a las disposiciones de Derecho comunitario con ese efecto”<sup>353</sup>. Para Zamorano-Guzmán la aplicación de este principio supuso la liberación del Derecho europeo “del control de cómo los Estados miembros realizaban la ejecución de los suscitados tratados a escala nacional”<sup>354</sup>.

---

<sup>352</sup> ALMONACID LAMELAS, VÍCTOR, 'Sobre la posición del tratado y de la normativa europea en relación con nuestro ordenamiento jurídico', *Noticias Jurídicas*, (febrero 2006). Pág. web: <http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho%20Comunitario/200602-75791011065400.html>.

Visitada el 01/03/2014.

<sup>353</sup> MILLÁN MORO, LUCÍA, 'Aplicabilidad directa y el efecto directo en el Derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo', *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 11, nº 1 (mayo-agosto 1984). p. 474

<sup>354</sup> Vid. ZAMORANO-GUZMÁN, CRISTIAN, 'Principio de primacía, efecto directo y traumatismo fundador', *Revista de Derecho (Valparaíso) de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile*, nº XXXI (2º semestre, 2008). p. 481.

El efecto directo del Derecho europeo fue consagrado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Van Gend & Loos, nº 26/62 de 5 de febrero de 1963<sup>355</sup>, al examinar la consecuencia del antiguo art. 12 del TCEE, que prohibía a los Estados miembros establecer derechos de aduana, señalando que *“esta prohibición es perfectamente idónea, por su propia naturaleza, para producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus justiciables. (...) El hecho de que este artículo designe a los Estados miembros como sujetos de la obligación de abstenerse, no implica que sus nacionales no puedan ser los beneficiarios de dicha obligación. (...) y aunque se faculte a los Estados miembros para demandar ante el Tribunal de Justicia a un Estado que no haya cumplido sus obligaciones, no implica la imposibilidad de que los particulares invoquen, llegado el caso, esas obligaciones ante el Juez nacional. (...) Se deduce que, con arreglo al espíritu, al sistema y al tenor literal del Tratado, el artículo 12 debe ser interpretado en el sentido de que produce efectos directos y genera derechos individuales que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger”*. Este principio supuso una ruptura definitiva con la presunción de Derecho Internacional conforme a la cual las disposiciones de un Tratado internacional sólo se dirigen y vinculan a los Estados partes, que son los competentes para determinar la manera en que producirán efecto jurídico en sus ordenamientos nacionales<sup>356</sup>, al dictaminar *“que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico; que esos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias”*<sup>357</sup>.

Las trascendentes consecuencias de esta Sentencia son dos: el Derecho comunitario se aplica directamente tanto a Estados como a ciudadanos y la eficacia

<sup>355</sup> Página web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962J0026:ES:PDF>

<sup>356</sup> PLAZA MARTÍN, CARMEN, *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2005) p. 1179.

<sup>357</sup> STCE Caso Van Gend & Loos. Página web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962J0026:ES:PDF>



directa del Derecho comunitario para los particulares no se aplica sólo al derecho contenido en los tratados, sino también al denominado Derecho derivado, esto es, a las normas derivadas de tal Derecho comunitario<sup>358</sup>. No obstante, habría que matizar que aunque todo el Derecho derivado goza de efecto directo, no todas las disposiciones comunitarias gozan al mismo tiempo de aplicabilidad directa. Podemos citar como ejemplos de sólo efecto directo a las directivas y como ejemplos de aplicabilidad directa y efecto directo a los reglamentos.

El principio de **primacía** significa que el Derecho comunitario tiene superioridad jerárquica sobre el Derecho interno, es decir, que *cualquier* norma comunitaria prevalece sobre *cualquier* norma estatal. Este principio impone la inaplicación de aquellas normas nacionales, cualquiera que sea su rango, que entren en conflicto con preceptos comunitarios o que impidan o limiten su eficacia, predicándose dicho principio de toda disposición de Derecho comunitario, incluidas las directivas<sup>359</sup>. Esta primacía también opera frente a normas estatales penales que contradigan una disposición comunitaria, lo que conllevaría, por tanto, su inaplicación. El Tribunal de Justicia formuló este principio por primera vez en la Sentencia de 15 de julio de 1964<sup>360</sup>, asunto 6/64, Costa contra ENEL, al considerar que “*al Derecho creado por el Tratado, nacido de una fuente autónoma, no se puede oponer, en razón de su específica naturaleza original una norma interna, cualquiera que sea ésta, ante los órganos jurisdiccionales, sin que al mismo tiempo aquél pierda su carácter comunitario y se ponga en tela de juicio la base jurídica misma de la Comunidad*” y lo consagró con el asunto 106/77 “Simmenthal” en la Sentencia de 9 de marzo de 1978<sup>361</sup>, al precisar que “*el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de*

---

<sup>358</sup> GARCÍA ELORRIO, MAGDALENA, 'La eficacia directa de los principios generales del Derecho como medio para garantizar la efectividad de la responsabilidad medioambiental europea' (Tesis doctoral en la Universidad de Murcia, Dpto. D. advo)', *Revista Cordobesa de Derecho Internacional Público (RECORDIP)*, Vol. 1, nº 1 (2009). p. 24. <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/35/25>. Visitada el 01/03/2014.

<sup>359</sup> PLAZA MARTÍN, CARMEN, *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2005) p. 1173.

<sup>360</sup> Pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964J0006:ES:PDF>.

<sup>361</sup> Pág. web UE: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977J0106:ES:PDF, FJ24](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977J0106:ES:PDF,FJ24).

*dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”.*

Son cuatro las consecuencias que podemos extraer de dicho principio según la jurisprudencia del Tribunal europeo: primero, el Ordenamiento comunitario prevalece sobre el nacional con independencia de que aquel sea originario o derivado; segundo, la primacía se extiende a todo tipo de norma nacional; tercero, esta primacía es debida a la propia especificidad de la naturaleza del Derecho comunitario; y cuarto, se trata también de una primacía “interna”, es decir, las disposiciones comunitarias se imponen a los órganos jurisdiccionales internos<sup>362</sup>. Como colofón, hay que añadir que la primacía del Derecho comunitario tiene por objetivo que todas las normas comunitarias sean comunes a todos los Estados miembros, pues si no tal Derecho dejaría de existir, así como la Unión<sup>363</sup>.

---

<sup>362</sup> ZAMORANO-GUZMÁN, CRISTIAN, 'Principio de primacía, efecto directo y traumatismo fundador', *Revista de Derecho (Valparaíso) de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile*, nº XXXI (2º semestre, 2008). pp. 482-483

<sup>363</sup> STJCE de 13/02/1969, asunto 14/68, Caso Wilhelm, puntos 6 y 7: “*que el Tratado CEE creó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que vincula a sus órganos jurisdiccionales; que sería contrario a la naturaleza de semejante sistema admitir que los Estados miembros pudieran adoptar o mantener en vigor medidas que menoscabaran la eficacia del Tratado; que la fuerza vinculante del Tratado y de los actos adoptados para su ejecución no puede variar de un Estado a otro, por efecto de actos internos, sin que se perturbe el funcionamiento del sistema comunitario y se ponga en peligro la realización de los objetivos del Tratado; que, por ello, los conflictos entre la norma comunitaria y las normas nacionales en materia de prácticas colusorias deben resolverse aplicando el principio de la primacía de la norma comunitaria; 7) que por consiguiente, en los casos en que determinadas decisiones nacionales sobre una práctica colusoria resultaran incompatibles con una Decisión adoptada por la Comisión al término del procedimiento incoado por ella, las autoridades nacionales estarían obligadas a respetar sus efectos*”. Pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61968CJ0014:ES:PDF>. En el mismo sentido, *vid.* las SSTJCE de 17/12/1970, asunto 11/70, Caso Internationale Handelsgesellschaft, apdo. 21, pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970CJ0011:ES:PDF>; de 13/07/1972, asunto 48/71, Comisión contra Italia, apdos. 6-9, pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61971CJ0048:ES:PDF>; de 13/03/1997, asunto C-197/96, Comisión contra Francia, apdos. 14-15, pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996CJ0197:ES:PDF>; de 8/07/1999, asunto C-

El Tratado de Lisboa no recoge de manera expresa el principio de primacía, decisión que es criticada con dureza por Faramiñán Gilbert al manifestar que “no deja de ser absurdo, después de la reiterada jurisprudencia existente emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que haya desaparecido del precepto del Tratado Constitucional la expresa referencia al principio de primacía del Derecho de la Unión Europea cuya colocación en el texto del Tratado la teníamos como un logro de carácter jurídico y político<sup>364</sup>”. No obstante, esta omisión ha sido subsanada al reconocerlo dentro de las Declaraciones anejas al acta final de la Conferencia Intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa, en concreto dentro el apartado A, Declaraciones relativas a disposiciones de los Tratados, en la Disposición nº 17, relativa a la primacía, que establece que *“La Conferencia recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia. Además, la Conferencia ha decidido incorporar a la presente Acta Final el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía, tal como figura en el documento 11197/07 (JUR 260): Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo de 22 de junio de 2007: Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/64) el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo*

---

354/98, Comisión contra Francia, (TJCE 1999/167), apdo. 21; de 22/06/2000, asunto C-65/98, Caso Wyūp, (TJCE 2000/141), apdos. 41-42; de 8/03/2001, asunto C-397/98, Caso Metallgesellschaft y otros, (TJCE 2001/78), apdo. 106, de 19/11/2001, asunto C-188/00, Caso Kurz, (TJCE 2002/339), apdos. 66-68; Y Dictamen TJCE 1/91 con arreglo al art. 228 del TCE, de 14/12/1991, apdo. 21, pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61991CV0001:ES:PDF>

<sup>364</sup> FARAMIÑÁN GILBERT, JUAN MANUEL, 'El Tratado de Lisboa (un juego de espejos rotos)', revista *Electrónica de Estudios Internacionales*, 17 (2009). [www.reei.org/reei17/indice.htm](http://www.reei.org/reei17/indice.htm)

*alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia*”<sup>365</sup>.

Por otra parte, aunque el Tratado de Lisboa no lo recoja expresamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha dejado en ningún momento de considerar vigente tal principio en sus resoluciones desde la entrada en vigor del citado Tratado -así por ejemplo, en enero de 2010 dictaminaba que “*el Tribunal de Justicia ha declarado que están sujetos a la obligación de respetar la primacía del Derecho comunitario todos los órganos de la Administración*”<sup>366</sup> y en febrero del mismo año que “*Según reiterada jurisprudencia, tanto de la primacía del Derecho de la Unión sobre el Derecho interno de los Estados miembros como del efecto directo de una disposición como el artículo 6 de la Decisión núm. 1/80 se desprende que un Estado miembro no está autorizado para modificar unilateralmente el alcance del sistema de integración progresiva de los nacionales turcos en el mercado de trabajo del Estado miembro de acogida*”<sup>367</sup>-, hasta la jurisprudencia más actual<sup>368</sup>. Podemos citar, por ejemplo, su resolución de 26 de febrero de 2013, en la que sentenciaba que “*en efecto, dicha interpretación del artículo 53 de la Carta menoscabaría el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que permitiría que un Estado miembro pusiera obstáculos a la aplicación de actos del Derecho de la Unión plenamente conformes con la Carta, si no respetaran los derechos fundamentales garantizados por la Constitución de ese Estado.*

*En efecto, según jurisprudencia asentada, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, que es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión (véanse los dictámenes 1/91, de 14 de diciembre de 1991, Rec. p. I-6079, apartado 21, y 1/09, de 8 de marzo de 2011, Rec. p. I-1137, apartado 65), la invocación*

---

<sup>365</sup> Página web UE:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0335:0360:ES:PDF>

<sup>366</sup> STJUE de 12/01/2010, caso Petersen, (TJCE 2010/1), apdo. 80.

<sup>367</sup> STJUE de 4/02/2010, caso Genc, (TJCE 2010/28), apdo. 36.

<sup>368</sup> Vid. SSTJUE de 26/02/2013, caso Akeberg Fransson (TJCE 2013/56; de 4/10/2012, caso Byankov (JUR 2012/322465), apdo. 62; de 14/06/2012, caso Bilas (TJCE 2012/141), apdos. 73-75; de 29/03/2012, caso Kahveci (TJCE 2012/80), apdo. 37; de 16/06/2011, caso Fatma Pehlivan (TJCE 2011/184), apdo. 56; de 10/05/2011, caso Jürgen Römer (TJCE 2011/125); de 25/11/2010, caso Günter FuB (TJCE 2010/359), apdo. 78; de 8/09/2010, caso Winner Wetten (TJCE 2010/255), apdos. 53 y 61.

*por un Estado miembro de las disposiciones del Derecho nacional, aun si son de rango constitucional, no puede afectar a la eficacia del Derecho de la Unión en el territorio de ese Estado (véanse, en especial, las sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3, y de 8 de septiembre de 2010, Winner Wetten, C-409/06, Rec. p. I-8015, apartado 61).*

*Es cierto que el artículo 53 de la Carta confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”<sup>369</sup>.*

Y no sólo lo afirma en sus sentencias, sino también en sus dictámenes cuando es preciso, como en el dictamen del caso sobre el sistema unificado de resolución de litigios sobre patentes, en el que señalaba que “*de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia resulta que, a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, los tratados constitutivos de la Unión han creado un nuevo ordenamiento jurídico, dotado de instituciones propias, en favor del cual los Estados han limitado, en ámbitos cada vez más amplios, sus derechos de soberanía y cuyos sujetos no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales (véase, en especial, las sentencias de 5 de febrero de 1963, Van Gend en Loos, 26/62, Rec. p. 1 y ss., especialmente p. 3, y de 15 de julio de 1964, Costa, 6/64, Rec. p. 1141 y ss., especialmente p. 1149). Los rasgos esenciales del ordenamiento jurídico comunitario así creado son, en particular, su primacía sobre los Derechos de los Estados miembros, así como el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a ellos mismos (véase el dictamen 1/91, de 14 de diciembre de 1991, Rec. p. I-6079, apartado 21)*”<sup>370</sup>.

Como consecuencia de estos dos principios, el Ordenamiento comunitario juega en una doble vertiente negativa y positiva. En la vertiente negativa, actúa como

---

<sup>369</sup> STJUE de 26/02/2013, caso Melloni (TJCE 2013/54), apdos. 58-60.

<sup>370</sup> Dictamen de 8/03/2011, caso sistema unificado de resolución de litigios sobre patentes (TJCE 2011/46), apdo. 65.

legislador penal negativo, dando lugar a que los Estados miembros queden obligados a la no punición de la conducta en cuestión. En palabras de Cuerda Riezu: “El *ius non puniendi* de las Comunidades origina una *obligatio non puniendi* de los Estados miembros<sup>371</sup>”. Este deber de no penar afecta tanto al legislador nacional como a los tribunales de justicia. De esta manera, al integrarse en la Unión Europea, los distintos legisladores nacionales pierden parte de sus competencias soberanas, pues en las materias comunitarias ya no son libres para elegir las conductas que desean incriminar.

Las formas de manifestarse esta eficacia negativa varían, dependiendo de si la misma afecta a los delitos o a las penas. En el caso de los delitos, puede ocurrir que el Derecho comunitario sea incompatible con la propia razón de ser del delito, en cuyo caso el tribunal nacional queda obligado a inaplicar su norma interna y dictar un fallo absolutorio, o que la legislación comunitaria implique una modificación de los elementos del delito, en cuyo caso el tribunal nacional deberá precisar el alcance de la norma interna. Si procediese inaplicar la norma interna se plantean un par de problemas: primero, porque habría que precisar cuál es la situación jurídica en que queda la norma inaplicada, puesto que no tiene lugar una derogación propiamente dicha, y segundo, porque debería concretarse la categoría dogmática que permite tal inaplicación. En el caso de las penas, ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la que ha expuesto la influencia del Derecho comunitario en este ámbito a través de dos principios: el de proporcionalidad –cualitativa y cuantitativa– de las penas en relación con la conducta ejecutada y el de efecto útil y valor disuasivo y represivo de las mismas<sup>372</sup>.

Pero, como hemos dicho antes, la incidencia del Derecho comunitario no es sólo negativa. Las posibilidades del Derecho comunitario de incidir en la creación de preceptos penales (incidencia positiva) son tres: creando preceptos penales en sentido estricto, a través de la asimilación para la protección de determinados intereses o mediante la armonización de las legislaciones nacionales.

---

<sup>371</sup> CUERDA RIEZU, ANTONIO, '¿Ostenta *ius puniendi* las Comunidades Europeas?', en GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, et al. (eds) *Hacia un Derecho penal económico europeo* (Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995) p. 626.

<sup>372</sup> *Ibidem*, pp. 627-628.

El primer supuesto sólo es posible si los Tratados reconocen la transferencia expresa de los Estados miembros a la Unión Europea del *ius puniendi*. En tal caso se crearían preceptos penales supranacionales directamente aplicables en aquellos. Ello todavía no ha ocurrido, aunque algunos autores han querido ver que sí tras el Tratado de Ámsterdam<sup>373</sup>.

En lo que sí se muestra de acuerdo toda la doctrina es en que los mecanismos mediante los cuales el Derecho de la UE influye sobre los diferentes Derechos penales nacionales son la técnica de la asimilación y la de la armonización.

La **asimilación**, que surge para solventar el problema del déficit democrático de la Comunidad Económica Europea, al pensarse que imponer a las legislaciones nacionales que hicieran suyas -que asimilaran- la defensa de los intereses financieros comunitarios era el mejor método para ello<sup>374</sup>, es un sistema en el que la norma comunitaria reenvía a la norma penal nacional, encargada de la tutela de los bienes jurídicos nacionales, para que ésta sea aplicable también a la tutela de los bienes jurídicos comunitarios equivalentes. Refiriéndose al ámbito de los intereses financieros Pedreira González define este principio como la “equiparación de los intereses comunitarios a los propios intereses de los Estados miembros en orden a la consecución de una tutela efectiva y uniforme de los intereses financieros de la Comunidad”<sup>375</sup>. Dicho de otra forma, la norma comunitaria establece que una infracción comunitaria sea castigada de la misma manera que la infracción correspondiente del Derecho penal nacional<sup>376</sup>, lo que implica que asuma una cierta función incriminadora, ya que hace

---

<sup>373</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica', *Revista penal*, 13 (2004). p. 140.

<sup>374</sup> BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, '¿Tiene futuro un Derecho penal europeo?', en MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (ed) *Constitución europea y Derecho penal económico* (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 299.

<sup>375</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX M<sup>º</sup>, 'El perfeccionamiento de la tipicidad del fraude de subvenciones', en FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, et al. (eds) *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 612.

<sup>376</sup> CUERDA RIEZU, ANTONIO, '¿Ostenta ius puniendi las Comunidades Europeas?', en GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, et al. (eds) *Hacia un Derecho penal económico europeo* (Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995) p. 628.

posible la imposición de penas a comportamientos que, de otro modo, serían atípicos<sup>377</sup>. De esta manera no se crea un Derecho penal armonizado, ya que cada Ordenamiento estatal mantiene sus particularidades, sino que lo que se consigue con este procedimiento es la no discriminación respecto a los intereses comunitarios<sup>378</sup>. Es decir, tiene la ventaja de ser el mecanismo de integración menos comprometedor para la soberanía nacional, ya que una vez integrada la normativa europea, la legislación a aplicar será Derecho penal nacional y no Derecho penal europeo. Pero esto tiene el -gran- inconveniente de que no se garantiza una uniformidad legislativa, ya que los intereses a salvaguardar pueden no ser idénticos en las diferentes naciones y, así, un mismo hecho puede ser delito en un Estado y no serlo en otro, o serlo en ambos pero siendo castigado con diferentes sanciones<sup>379</sup>.

Las formas de llevar a cabo la asimilación son variadas: es posible asimilar a través del Derecho originario (los Tratados y sus modificaciones) puede hacerse a través del Derecho derivado o puede incluso que los Estados miembros asimilen espontáneamente los intereses comunitarios a los suyos propios<sup>380</sup>. Esta idea de asimilación entre los intereses comunitarios y nacionales, así como el consiguiente reconocimiento penal de los bienes jurídicos de la entonces Comunidad Europea, ya fue plasmada en el Derecho alemán en 1976, mediante la incorporación expresa de cláusulas de equiparación en el Derecho penal tributario y en el de subvenciones<sup>381</sup>.

---

<sup>377</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, 'La incidencia del Derecho Comunitario en la protección penal del Medio Ambiente', *Noticias de la Unión Europea*, 240 (2005). p. 86.

<sup>378</sup> FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, 'Derecho penal y competencias de las Comunidades Europeas', *Cuadernos de política criminal*, 48 (1992). p. 822.

<sup>379</sup> ROMEO MALANDA, SERGIO, 'Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa', *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII (2012). p.360. TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 'La Constitución para Europa: un reto político-criminal', *revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 9, n° 20 (2005). p. 25.

<sup>380</sup> FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, 'Derecho penal y competencias de las Comunidades Europeas', *Cuadernos de política criminal*, 48 (1992). p. 823.

<sup>381</sup> TIEDEMANN, KLAUS, 'El Derecho penal económico en la Comunidad Europea', en LUIS ARROYO ZAPATERO & KLAUS TIEDEMANN (eds) *Estudios de Derecho penal económico* (Servicio publicaciones Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994) p. 236.



Encontramos una consagración de dicho principio en el art. 325.2 TFUE<sup>382</sup>, según el cual, “*los Estados miembros adoptarán para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses financieros*”. Es muy relevante en este tema la jurisprudencia del TJUE (antes TJCE) quien aunque en un principio opinó, sobre la base del antiguo art. 5 del TCEE<sup>383</sup>, que se dejaba a los Estados la elección de las medidas apropiadas, incluyendo incluso la elección o no de sanciones penales<sup>384</sup>, posteriormente cambió su criterio, siendo, a este respecto, un hito decisivo la Sentencia recaída en el denominado “caso del maíz griego”: ya “no se trata sólo de castigar igual, sino de proteger eficazmente”<sup>385</sup>. En esta sentencia<sup>386</sup>, el TJCE dejó claro que los Estados miembros no son absolutamente libres a la hora de asociar sanciones penales a violaciones de preceptos de Derecho comunitario, al disponer, en sus apartados 23 a 25: “*A este respecto, es conveniente destacar que, cuando una normativa comunitaria no contenga disposición específica alguna que prevea una sanción en caso de infracción o cuando remita en este aspecto, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, el artículo 5 del Tratado exige de los Estados miembros la adopción de todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario. Para ello, aun conservando la elección de las sanciones, los Estados miembros deben procurar, en particular, que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones análogas de fondo y de procedimiento a*

---

<sup>382</sup> DOUE C83, de 30/3/2010, p. 188.

<sup>383</sup> Art. 5 TCEE: “*Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a ésta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.*”

<sup>384</sup> TIEDEMANN, KLAUS, 'El Derecho penal económico en la Comunidad Europea', en LUIS ARROYO ZAPATERO & KLAUS TIEDEMANN (eds) *Estudios de Derecho penal económico* (Servicio publicaciones Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994) p. 236, nota 3.

<sup>385</sup> NIETO MARTÍN, ADÁN, 'La influencia presente y futura del ordenamiento comunitario sobre el Derecho penal económico español', en DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. XVII JORNADAS DE ESTUDIO (ed) *La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo (II)*. Vol. I (BOE, Madrid, 1998) p. 365.

<sup>386</sup> Sentencia de 21 de septiembre de 1989. Comisión contra Grecia. Asunto C-68/88. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0068:ES:PDF>

*las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan una índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio a la sanción. Además, en relación con las infracciones del Derecho comunitario, las autoridades nacionales deben proceder con la misma diligencia que utilizan para la aplicación de las respectivas legislaciones nacionales”.* Así, aunque en un primer momento se pensó que con el principio de asimilación se podría cumplir la obligación de proteger los intereses financieros, sin que fuera necesaria la entrada del Derecho penal en el Ordenamiento comunitario, el Tribunal de Justicia dedujo que los Estados miembros tenían el deber de asimilar los intereses financieros comunitarios a los nacionales y protegerlos con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias<sup>387</sup>.

Explica Ferré Olivé que parte de la doctrina entendió que, tras este fallo, se brindaba un recurso a la Comisión para que estimulase a los Estados que aún no habían completado la asimilación de intereses a que lo hicieran, modificando su legislación penal, aunque también hubo quien pensó que esta jurisprudencia no es suficiente para asegurar la igualdad en la persecución y sanción de las infracciones contra los intereses comunitarios en todos los Estados miembros<sup>388</sup>.

Aunque esta técnica se considera una forma correcta de coordinar la coexistencia entre dos ordenamientos distintos, cuales son el comunitario y el nacional -dado que la UE no puede crear normas penales de ámbito comunitario, la protección de los intereses comunitarios se desplaza al Derecho penal interno de cada Estado miembro- es lo cierto que presenta inconvenientes que han sido objeto de duras críticas por la doctrina. En primer lugar, porque origina una desigualdad entre Estados, puesto que los tipos penales de los Estados no son iguales<sup>389</sup> y, por tanto, es posible que el tratamiento penal varíe de

---

<sup>387</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE, 'El Derecho penal económico en la Europa Constitucional', en MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (ed) *Constitución europea y Derecho penal económico* (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 18.

<sup>388</sup> Vid. FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, 'Derecho penal y competencias de las Comunidades Europeas', *Cuadernos de política criminal*, 48 (1992). p. 826.

<sup>389</sup> Habla Pedreira González de las “dificultades derivadas de las divergencias entre las regulaciones penales de los Estados miembros” en PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX M<sup>a</sup>, 'El perfeccionamiento de la tipicidad del fraude de subvenciones', en FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, et al. (eds) *La adecuación*

una Nación a otra o que incluso en alguna no se prevea pena alguna<sup>390</sup>; además la remisión se realizaba a Derechos nacionales que no se conocían bien y con normas muy dispares<sup>391</sup>. En segundo lugar, porque se ve afectado el principio de reserva de ley penal<sup>392</sup> (recordemos que sólo por ley pueden crearse preceptos penales). En tercer lugar, porque puede dar lugar a inseguridad jurídica, ya que el Derecho comunitario dota de un nuevo sentido al precepto penal pero, dado que suele hacerlo de una forma vaga e imprecisa, se hace necesaria una labor interpretativa. “Esta falta de claridad afecta, sin duda, a la seguridad jurídica”<sup>393</sup>. En cuarto lugar, la insuficiencia de los mecanismos de cooperación judicial<sup>394</sup>. Y en quinto lugar, porque no existen criterios que permitan comprobar que una pena cumple con las exigencias de la efectividad, proporcionalidad y efecto disuasorio, lo que hace que la fórmula que requiere comprobar si las penas son efectivas, proporcionadas y disuasorias sea, en la práctica, imposible<sup>395</sup>.

Como bien expresa Pedreira González “las dificultades derivadas (...) del principio de asimilación (...) condujo a considerar la necesidad de establecer un marco común que definiese los comportamientos que atentaran contra [los] intereses

---

*del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 612.

<sup>390</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, 'La incidencia del Derecho Comunitario en la protección penal del Medio Ambiente', *Noticias de la Unión Europea*, 240 (2005). p. 86.

<sup>391</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE, 'El Derecho penal económico en la Europa Constitucional', en MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (ed) *Constitución europea y Derecho penal económico* (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 18.

<sup>392</sup> CUERDA RIEZU, ANTONIO, '¿Ostenta ius puniendi las Comunidades Europeas?', en GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, et al. (eds) *Hacia un Derecho penal económico europeo* (Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995) p. 630.

<sup>393</sup> FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, 'Derecho penal y competencias de las Comunidades Europeas', *Cuadernos de política criminal*, 48 (1992). p. 823.

<sup>394</sup> GRASSO, GIOVANNI, *Comunità europee e diritto penale: i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri*, (Giuffrè ed., Milán, 1989) pp. 129 y ss.

<sup>395</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE, 'El Derecho penal económico en la Europa Constitucional', en MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (ed) *Constitución europea y Derecho penal económico* (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 18.

[financieros] y las sanciones a imponer, no sólo a nivel administrativo sino también a nivel penal”<sup>396</sup>.

La **armonización** consiste en imponer a los Estados miembros la obligación de proteger homogéneamente, y en su caso con sanciones penales, determinados intereses. El proceso de creación del Derecho sigue sus cauces, aunque la iniciativa procede de una disposición comunitaria. Los Estados aceptan el enunciado general de la disposición comunitaria y se obligan a legislar, tipificando y penalizando, en su caso, las violaciones a los intereses comunitarios a proteger. Debemos distinguir entre la armonización de legislaciones y la recepción del Derecho extranjero, pues en ésta no hay un acuerdo previo, mientras que aquella está basada en la existencia de un acuerdo entre Estados y en la idea del intercambio de influencias entre diversos ordenamientos<sup>397</sup>.

Los objetivos que se persiguen con la armonización son varios<sup>398</sup>: la constatación de cuáles son los intereses que se consideran dignos de protección penal en el ámbito, en este caso, de la Unión Europea y construir así una identidad colectiva común en torno a ellos; evitar que unos mismos hechos lesivos obtengan respuestas jurídicas muy diferentes; la seguridad jurídica, al poder prever los ciudadanos cuál será la punibilidad de su comportamiento, ya que si se trata de una actividad con naturaleza transnacional, podría enfrentarse a 27 ordenamientos penales; favorecer el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales<sup>399</sup>; y evitar que los autores actúen

---

<sup>396</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX M<sup>a</sup>, 'El perfeccionamiento de la tipicidad del fraude de subvenciones', en FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, et al. (eds) *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 612.

<sup>397</sup> GÓNZALEZ VIADA, NATACHA, *Derecho penal y globalización*, (Marcial Pons, Madrid, 2009) p. 161.

<sup>398</sup> *Ibidem*, pp. 161-162. ROMEO MALANDA, SERGIO, 'Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa', *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII (2012). p. 362.

<sup>399</sup> Como Explica González Viada, “la armonización representa el opuesto del reconocimiento mutuo. Si éste permite reconocer y ejecutar decisiones judiciales de otro Estado miembro sin necesidad de alterar el ordenamiento interno, la armonización comporta que los Estados miembros deban adaptar sus ordenamientos nacionales para alcanzar los resultados definidos e impuestos por la norma comunitaria. Sin embargo, armonización y reconocimiento mutuo son dos caras de la misma moneda (...) En conclusión, la armonización no sólo tiene una función auxiliar al reconocimiento mutuo sino que posee

pensando en el Ordenamiento jurídico que les resultará más benévolo a la acción cometida.

Hemos de pensar que el Derecho penal se encuentra en primera línea en la armonización del Derecho<sup>400</sup> y en concreto del Derecho comunitario, ya que, para la consecución de los objetivos comunitarios, se hace precisa la utilización de los instrumentos penales<sup>401</sup>.

Pudiera parecer que, con esta técnica, se resuelven los problemas que presenta la asimilación en cuanto al respeto al principio de reserva de ley, ya que quien legisla en estos supuestos es el Estado nacional. Sin embargo, señala Ferré Olivé que esta afirmación ha de ser matizada, ya que depende de si la orden de legislar proviene del Derecho originario (los Tratados y sus modificaciones) o del Derecho derivado (directivas y reglamentos). En el primer supuesto no existe problema, ya que la normativa comunitaria originaria cuenta ya con la aprobación parlamentaria de los Estados miembros. Sí surgen problemas en el segundo supuesto, dado que el Parlamento nacional tiene que crear una ley penal con base en una orden proveniente de un organismo administrativo-comunitario, conculcándose la división de poderes y el poder decisorio propio del legislador nacional en materia penal<sup>402</sup>.

El Tratado de Lisboa ha supuesto la desaparición del sistema de pilares, lo que implica “la comunitarización”<sup>403</sup> de los asuntos penales y que su armonización pase de hacerse a través de Decisiones Marco, a hacerse a través de directivas mediante el procedimiento ordinario. El protocolo nº 36 del TL sobre las disposiciones transitorias,

---

funciones autónomas”. GÓNZALEZ VIADA, NATACHA, *Derecho penal y globalización*, (Marcial Pons, Madrid, 2009) pp. 161-162.

<sup>400</sup> DELMAS-MARTY, MIREILLE, 'Introducción', en MIREILLE DELMAS-MARTY, et al. (eds) *Los caminos de la armonización penal* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 27.

<sup>401</sup> GRASSO, GIOVANNI, 'El futuro de la armonización del Derecho penal en la ampliación de la Unión Europea', en JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA & JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR (eds) *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I* (Marcial Pons, Madrid, 2004) p. 286.

<sup>402</sup> FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, 'Derecho penal y competencias de las Comunidades Europeas', *Cuadernos de política criminal*, 48 (1992). pp. 819-821.

<sup>403</sup> ROMEO MALANDA, SERGIO, 'Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa', *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII (2012). p. 360

en sus art. 9 y 10, establece que las Decisiones Marco adoptadas antes de la entrada en vigor del TL se mantendrán mientras no sean derogadas, anuladas o modificadas por algún Tratado<sup>404</sup> y que, en concreto, las que hayan sido adoptadas en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, estarán sometidas, una vez transcurridos 5 años desde la entrada en vigor del TL, a la jurisdicción del TJUE en las mismas condiciones que las directivas<sup>405</sup>. Es decir, que a partir del 1 de diciembre de 2014 el TJUE tiene la potestad de pronunciarse sobre si las Decisiones Marco de naturaleza penal han sido o no correctamente transpuestas por los Estados miembros, excepción hecha del Reino Unido<sup>406</sup>.

---

<sup>404</sup> DOUE C83 de 30/02/2010, p. 322. Art. 9. *Los efectos jurídicos de los actos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión adoptados en virtud del Tratado de la Unión Europea antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se mantienen en tanto dichos actos no hayan sido derogados, anulados o modificados en aplicación de los Tratados. Lo mismo ocurre con los convenios celebrados entre los Estados miembros sobre la base del Tratado de la Unión Europea.*

<sup>405</sup> Art. 10.1: *Con carácter transitorio y con respecto a los actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal que hayan sido adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las atribuciones de las instituciones en la fecha de entrada en vigor de dicho Tratado serán las siguientes: las atribuciones de la Comisión en virtud del artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no serán aplicables y las atribuciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del título VI del Tratado de la Unión Europea, en su versión vigente antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, seguirán siendo las mismas, aun cuando hayan sido aceptadas con arreglo al apartado 2 del artículo 35 del mencionado Tratado de la Unión Europea.* Art. 10.3: *En cualquier caso, la medida transitoria mencionada en el apartado 1 dejará de tener efectos cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.*

<sup>406</sup> Art. 10. 4 y 5: 4. *A más tardar seis meses antes de la conclusión del período transitorio contemplado en el apartado 3, el Reino Unido podrá notificar al Consejo que no acepta, con respecto a los actos contemplados en el apartado 1, las atribuciones de las instituciones mencionadas en el apartado 1 que establecen los Tratados. En caso de que el Reino Unido haya realizado dicha notificación, dejarán de aplicársele todos los actos contemplados en el apartado 1 a partir de la fecha de expiración del período transitorio contemplado en el apartado 3. El presente párrafo no se aplicará a los actos modificados que sean aplicables al Reino Unido de conformidad con lo indicado en el apartado 2. El Consejo, que se pronunciará por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión, determinará las medidas necesarias, bien transitorias o que deriven de lo anterior. El Reino Unido no participará en la adopción de esta decisión. La mayoría cualificada del Consejo se definirá de conformidad con la letra a) del apartado 3 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo, que se pronunciará por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión, también podrá adoptar una decisión mediante la cual determine que el Reino Unido soportará las consecuencias financieras directas que pudieran derivarse, necesaria e inevitablemente, de su decisión de dejar de participar en dichos actos;* 5. *El Reino*

Efectivamente, el Tratado de Lisboa consagra la posibilidad de adoptar medidas armonizadoras mediante directivas aprobadas por el procedimiento legislativo ordinario, con dos concretas finalidades: de un lado, facilitar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y de otro, armonizar las infracciones relativas a delitos con dimensión transfronteriza y otros de especial gravedad (arts. 82 y 83 del TFUE)<sup>407</sup>. Además, en el art. 82,2 TFUE se reconoce una clara manifestación del principio de aproximación de los ordenamientos nacionales en el ámbito procesal penal, al prever que, mediante directivas adoptadas conforme al procedimiento legislativo ordinario, y teniendo en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros, se puedan establecer normas mínimas en la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros, los derechos de las personas durante el procedimiento penal, los derechos de las víctimas de los delitos y otros elementos específicos del procedimiento penal determinados previamente mediante decisión del Consejo adoptada por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo, siempre que ello *"sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza"*. El propio precepto, en su párrafo final, se encarga de precisar que la adopción de las normas mínimas previstas en el mismo no impedirá a los Estados miembros mantener o instaurar un nivel más elevado de protección de las

---

*Unido podrá notificar ulteriormente al Consejo, en cualquier momento, su deseo de participar en actos que hayan dejado de aplicársele con arreglo al párrafo primero del apartado 4. En este caso se aplicarán, según proceda, las disposiciones pertinentes del Protocolo sobre el acervo de Schengen integrado en el marco de la Unión Europea o del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia. Las atribuciones de las instituciones con respecto a dichos actos serán las establecidas por los Tratados. Al aplicar los Protocolos pertinentes, las instituciones de la Unión y el Reino Unido tratarán de restablecer el mayor nivel posible de participación del Reino Unido en el acervo de la Unión en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia, evitando que en la práctica ello afecte gravemente al funcionamiento de sus diversos componentes y respetando la coherencia de éstos.*

<sup>407</sup> JUANES PECES, ÁNGEL, 'Armonización del Derecho penal en la Unión Europea', *El derecho*, (2010). Tribuna, 04-11-2010, [http://www.elderecho.com/penal/Armonizacion-derecho-penal-Union-Europea\\_11\\_195430007.html](http://www.elderecho.com/penal/Armonizacion-derecho-penal-Union-Europea_11_195430007.html). Visitada el 01/03/2014.

personas en su legislación interna<sup>408</sup>.

Asimismo, el art. 83 prevé "la aproximación de las legislaciones penales", que sólo debe utilizarse si fuere "necesario". Dos son las modalidades previstas: la aproximación en aquellos ámbitos delictivos caracterizados por su especial gravedad y dimensión transfronteriza, y la aproximación para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en ámbitos ya armonizados. En cuanto a la primera modalidad, el apartado 1 del art. 83 reconoce la competencia del Parlamento Europeo y del Consejo para el establecimiento "mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento ordinario", de "normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones", referidas a ámbitos delictivos en los que, además de la necesidad, concurre una doble condición: su "especial gravedad" y su "dimensión transfronteriza". Esto quiere decir que la infracción debe guardar relación con una criminalidad que, aun cuando pueda ser local en cuanto a sus manifestaciones concretas, sólo exista merced a su dimensión internacional, que ha de tener importantes repercusiones y que debe ser combatida según criterios comunes. El apartado 2 del citado art. 83 TFUE explicita cuáles son los ámbitos delictivos en los que resulta de aplicación lo anterior: *el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada*. Como puede observarse, la lista es reducida y, para De la Cuesta Arzamendi, con su insistencia en la "dimensión transfronteriza" se aleja de las auténticas necesidades de construcción de un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia. Además, el texto de Lisboa dista mucho del listado de competencias de Europol y olvida áreas sobre las que ya existen proyectos pendientes, como el 'tráfico de órganos y tejidos humanos o la protección penal de la propiedad intelectual y el medio ambiente, incorporando tan sólo a la delincuencia informática como única novedad respecto del listado de áreas. Sin embargo, no se trata de una lista cerrada, pues el párrafo siguiente autoriza al Consejo, a la vista de la evolución de la delincuencia, para adoptar una decisión "que determine otros ámbitos delictivos", siempre que presenten las

---

<sup>408</sup> GARCÍA MORENO, JOSÉ MIGUEL, 'La regulación de la cooperación judicial en materia penal en el Tratado de Lisboa', *El derecho*, (2010). 02-11-2010. [http://www.elderecho.com/penal/regulacion-cooperacion-judicial-Tratado-Lisboa\\_11\\_194680002.html](http://www.elderecho.com/penal/regulacion-cooperacion-judicial-Tratado-Lisboa_11_194680002.html) . Visitada el 01/03/2014.



características de "especial gravedad" y "dimensión transfronteriza" en el modo ya indicado y respetando, además, como cláusula de salvaguardia, la regla de la unanimidad, que se añade a la aprobación previa por el Parlamento Europeo<sup>409</sup>.

Por otra parte, el TFUE reconoce la posibilidad de aproximación en materia penal en su art. 67.3, al disponer que *“la Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales”*.

En cuanto a la segunda modalidad, la aproximación para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en ámbitos ya armonizados, el art. 83.2 regula este supuesto siguiendo la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia ambiental. En estos casos la exigencia es mayor, ya que además de tratarse de un ámbito ya sometido a armonización (p. ej. el ambiente), para que pueda desarrollarse, la labor aproximativa debe resultar "imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión".

Por último, el art. 83 recoge, en su apartado 3, una cláusula de protección de los sistemas nacionales, al regular el método de suspensión del procedimiento legislativo cuando por parte de un miembro del Consejo se "considere que un proyecto de Directiva contemplada en los apartados 1 o 2 afecta a aspectos Fundamentales de su sistema de justicia penal", y la posibilidad de “establecer una cooperación reforzada” para los supuestos en que no haya acuerdo. Critica De la Cuesta Arzamendi esta previsión ya que, dado el riesgo de "vetos políticos", puede constituir una auténtica rémora en el camino de la integración europea, aparte de que en realidad no supone ningún avance cualitativo sobre lo ya existente. Para este autor, la cuestión principal es qué deba entenderse por “aspectos fundamentales” de un sistema de justicia penal,

---

<sup>409</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, 'Armonización penal en la Unión Europea', en MANUEL DA COSTA ANDRADE, et al. (eds) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. I* (Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009) pp. 680-681.

entendiendo que ha de reconducirse a las tradiciones jurídicas nacionales<sup>410</sup>.

A mi modo de ver, resulta más segura la técnica de la armonización<sup>411</sup> que la de la asimilación, pues mediante la primera se consigue una uniformidad en toda la Unión Europea que, al fin y al cabo, es lo que se pretende, y porque se respeta el principio de legalidad nacional. Es cierto que quien emite la orden original es el Derecho comunitario, y normalmente -al menos en cuestión de medio ambiente- suele ser a base de Directivas, por lo que no se trata de Derecho originario sino derivado, pero ese problema, al menos en gran medida, ha quedado resuelto con el Tratado de Lisboa, como hemos visto. Además, al ser en última instancia los ordenamientos nacionales los que legislan, tipificando las infracciones y sus sanciones, se puede ver aquí una deferencia por parte de las instituciones comunitarias al principio de soberanía nacional que tanto preocupa. Sin embargo, no está exenta de críticas, pues el Tratado de Lisboa, al trazar las materias a armonizar, olvidó la Parte General del Derecho penal y se centró únicamente en la Parte Especial, obviando, por ejemplo, la armonización en lo referente a cuestiones como el error, las causas de exclusión de la antijuridicidad y la culpabilidad, la comisión por omisión, la autoría, la participación o la tentativa, entre otras; materias todas ellas que presentan tratamientos muy diversos en los distintos Estados miembros<sup>412</sup>. Por otra parte, hay que tener en cuenta que, en el espacio penal europeo, la

---

<sup>410</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, 'Armonización penal en la Unión Europea', en MANUEL DA COSTA ANDRADE, et al. (eds) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. I* (Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009) pp. 680-681.

<sup>411</sup> No parece ser ésta la opinión de Delmas-Marty quien objeta que la armonización favorecería la concepción represiva del Derecho penal sin tener en cuenta los límites de la penalización ni la posibilidad de despenalización a veces necesaria para la protección de los Derechos Fundamentales y porque desorganizaría los derechos internos sin que se garantice una coherencia nacional. *Vid.* DELMAS-MARTY, MIREILLE, 'Introducción', en MIREILLE DELMAS-MARTY, et al. (eds) *Los caminos de la armonización penal* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 29. En el mismo sentido, *vid.* CESONI, MARIA LUISA, 'Droit pénal européen: une harmonisation périlleuse', en G DE KERCHOVE & A. WEYEMBERGH (eds) *L'espace pénale européen: enjeux et perspectives* (Revue internationale de droit comparé. Vol. 55 n°2, abril-junio 2003) pp. 153-166.

<sup>412</sup> *Vid.* ROMEO MALANDA, SERGIO, 'Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa', *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII (2012). p. 361, nota 97. BACIGALUPO, ENRIQUE, 'El Derecho penal económico en la Europa Constitucional', en MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (ed) *Constitución europea y Derecho penal económico* (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 26.

armonización total va a ser muy difícil de implementar, dada la resistencia natural que manifiestan los Estados miembros a revisar su Derecho interno, especialmente en el ámbito penal, corazón de la soberanía nacional<sup>413</sup>; por ello, se avanza más en la armonización de los tipos penales menos abordados por el Derecho nacional. Además, como señala González Viada, el Derecho penal comunitario está subordinado a la unanimidad y por eso, hoy día, no podemos afirmar que exista una verdadera armonización<sup>414</sup>.

Por último, por supuesto, existe un tercer medio del que dispone el Derecho comunitario para incidir en los Derechos internos y que consiste en la utilización de las denominadas “leyes penales en blanco”, es decir, en la posibilidad de que las normas comunitarias integren el tipo penal. Es una técnica parecida a la de la asimilación, pero por vía indirecta. El tema de las leyes penales en blanco, por su importancia y amplitud, es objeto de estudio en otro capítulo de esta tesis.

---

<sup>413</sup> Como explica Weyembergh, no sólo se trata de la resistencia al cambio, sino también de que el deseo de extender el "reinado" de su derecho interno existe cualquiera que sea el alcance de la obra de armonización con una voluntad clara de imponer su legislación nacional como modelo a seguir. WEYEMBERGH, ANNE, 'Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne: les difficultés et leurs conséquences', en G DE KERCHOVE & A. WEYEMBERGH (eds) *L'espace pénale européen: enjeux et perspectives* (Révue internationale de droit comparé, vol. 55, nº 2, abril-junio 2003) p. 130. También Terradillos Basoco muestra su escepticismo a la posibilidad de una total armonización: “A pesar de que la unidad cultural y política europea posibilita avanzar en el camino de la unificación, resulta evidente la existencia de puntos de discrepancia político-criminal (principio de legalidad, ley penal en el espacio, relevancia del error de Derecho, sistema sancionador, valores sociales con reflejo en figuras delictivas concretas como aborto, eutanasia, etc.), que reflejan a su vez discrepancias culturales profundas. En realidad algunas de estas discrepancias gozan de tan amplio arraigo que sería poco menos que utópico pretender superarlas. Ni siquiera resulta claro que fuera deseable 36. Así lo acoge el art. I.5 TC cuando, siguiendo los pasos del art. 6.3 TUE, declara que la Unión respetará la identidad nacional de los Estados miembros. El reto se circunscribe, pues, a la identificación de las zonas de confluencia más pacíficamente reconocidas —ya por situarse *ex novo* en territorios específicamente comunitarios, ya por afectar a principios o valores básicos, condicionantes del sistema común 37—, para, en torno a ellas, ir definiendo las características del nuevo modelo”. TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 'La Constitución para Europa: un reto político-criminal', *revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 9, nº 20 (2005). pp. 29-30.

<sup>414</sup> GÓNZALEZ VIADA, NATACHA, *Derecho penal y globalización*, (Marcial Pons, Madrid, 2009) pp. 161-162.

### 2.2.5. ¿Existe un Derecho penal europeo?

Aunque en un primer momento se fijó claramente en la creación de las Comunidades Europeas sólo una finalidad económica, que en nada quería interferir con el Derecho penal de los Estados miembros, es lo cierto que desde entonces se ha podido ver una evolución que sobrepasa con mucho el mero ámbito económico.

En concreto, con respecto al Derecho penal, que es el que nos ocupa, hemos pasado de su consideración en 1974, en el Octavo informe general de la Comisión de las Comunidades Europeas, como “un asunto que no entra en cuanto tal en la esfera de competencia de la Comunidad, sino que queda bajo la jurisdicción de cada Estado miembro”<sup>415</sup>, al expreso reconocimiento de las Directivas de armonización penal en el Tratado de Lisboa en los ámbitos delictivos antes comentados. Constituyen dos hitos importantes en este camino, en primer lugar, el Tratado de Maastricht, con el que se abrió un ámbito específico a la materia penal en el seno del espacio de libertad, seguridad y justicia como intereses a asegurar por la UE, y en segundo lugar, en el Tratado de Ámsterdam, que entre otras cosas, permitió el establecimiento de normas mínimas sobre elementos constitutivos de las infracciones y sanciones, y posibilitó la aprobación del Programa Tampere, primer texto que formula con bases normativas algunas líneas político-criminales de la Unión<sup>416</sup>.

Ahora bien, a pesar de esos avances, ¿podemos hablar de que estamos ante un auténtico Derecho penal europeo? Creo que no. No cabe duda de que el Derecho comunitario ejerce una notable influencia sobre los Derechos internos, incluido el penal, tal y como hemos visto. Resulta claro que, cada vez más, el Derecho comunitario va adentrándose en caminos propios del Derecho penal y que cada vez son más las materias y ámbitos delictivos en los que el Derecho comunitario obliga a los Derechos

---

<sup>415</sup> CUERDA RIEZU, ANTONIO, '¿Ostenta ius puniendi las Comunidades Europeas?', en GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, et al. (eds) *Hacia un Derecho penal económico europeo* (Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995) p. 622.

<sup>416</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, 'Unión Europea, Derecho penal (ambiental) y Derecho comunitario', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *Técnicas de Investigación e infracciones medioambientales* (Estudios de Derecho judicial, nº 75, Madrid, 2005) p. 87.

nacionales a legislar y enjuiciar de una determinada manera. Es evidente también que los Estados miembros, queramos o no, al entrar en la Unión Europea hemos cedido parte de nuestras competencias soberanas, le hemos otorgado poderes sobre nuestro Ordenamiento y hemos restringido nuestra esfera de libertad legislativa, pues en las materias comunitarias el legislador nacional ya no es libre para elegir qué conductas desea incriminar<sup>417</sup>. No niego, sería absurdo hacerlo a la vista del Tratado de Lisboa y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sí podemos hablar de un Derecho penal unitario en un sentido relativo, pero no creo que podamos hacerlo en un sentido estricto. Pienso así porque, aunque ha habido intentos doctrinales para ello (véase por ejemplo el *Corpus iuris*), no existe todavía, a día de hoy, un Código penal europeo que tutele los valores y principios básicos de la convivencia, que describa los principios generales del Derecho penal, con una parte dedicada a las disposiciones generales sobre los delitos, faltas, personas responsables, penas, medidas de seguridad, etc., con una parte especial dedicada a cada delito en concreto con explicación de su contenido típico y las sanciones a aplicar en cada supuesto y que su ámbito espacial sea la Unión Europea, es decir, no existe un catálogo de “delitos europeos”. No olvidemos que la armonización se ha realizado únicamente en sectores de la Parte Especial, olvidando nada menos que Parte General del Derecho penal.

Tampoco existen Tribunales que enjuicien con arreglo a ese Código penal, aunque, en este caso, sí se reconoce, como hemos visto en el art. 83 TFUE, el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales, que incluye, entre otras, facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales en esta materia y la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros, pero no hay un cuerpo de jueces o magistrados, fiscales y abogados que actúen en procedimientos basados en un Código penal europeo. Hoy por hoy, sigue sin ser lo mismo la comisión de un delito en un Estado miembro que en otro, no existe el grado de uniformidad jurídica para poder hablar de un Derecho penal de la Unión Europea.

---

<sup>417</sup> Ya lo manifestaba el TJCE en el caso C-176/03 Comisión contra Consejo: “Así, la libertad reconocida a los Estados miembros para elegir las sanciones aplicables, cuando así lo exija la eficacia del Derecho comunitario, podrá eventualmente ser encuadrada por el legislador comunitario”. COM (2005)583 final de 23 de noviembre de 2005, apartado 10 *in fine*.

También es ésta la opinión dominante en la doctrina. Veamos varios ejemplos: González Viada afirma que “No existe un Derecho penal europeo como tal sino únicamente instrumentos aislados”<sup>418</sup> y Grasso que “normativamente no existe un sistema penal de la Unión Europea. Una vez excluida la existencia de un sistema penal comunitario...”<sup>419</sup>. Romeo Malanda, siguiendo a Silva Sánchez<sup>420</sup>, distingue entre Derecho penal europeo (el actual sistema vigente) y Derecho europeo penal, que sería lo que yo he venido denominando como Derecho penal europeo, es decir, un Derecho penal propio de la Unión Europea y unificado en todos sus Estados miembros. En cualquier caso, sea cual sea su denominación, también se adhiere a la opinión de que todavía no existe, al manifestar que “el Tratado de Lisboa profundiza en el desarrollo de un Derecho penal europeo, sin que se vean, en el momento actual, avances significativos hacia un Derecho europeo penal”<sup>421</sup>. En el mismo sentido, Alcale Sánchez sostiene que “más que culminar ningún largo proceso en la europeización del Derecho penal de los países miembros, con la creación de un verdadero Derecho europeo penal, lo único que se hace es profundizar en la andadura ya experimentada del Derecho penal europeo”<sup>422</sup>. Por último, y de manera más extensa y parece que contraria al sentir general, Bajo Fernández y Bacigalupo Saggese explican que “tenemos un Derecho penal *europeo* por aplicación del principio de asimilación. Hay un Derecho penal *europeizado* como consecuencia de los principios de armonización y reconocimiento mutuo. Se puede encontrar un Derecho procesal penal y un Derecho europeo de

---

<sup>418</sup> GÓNZALEZ VIADA, NATACHA, *Derecho penal y globalización*, (Marcial Pons, Madrid, 2009) p. 136.

<sup>419</sup> GRASSO, GIOVANNI, 'El futuro de la armonización del Derecho penal en la ampliación de la Unión Europea', en JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA & JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR (eds) *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I* (Marcial Pons, Madrid, 2004) p. 287.

<sup>420</sup> Silva Sánchez sostiene que no se ha patrocinado la existencia de leyes penales europeas separadas claramente de las leyes penales europeas, sino un proceso de “europeización” de las leyes penales nacionales. Añade en nota aparte que “el Derecho penal europeo” no constituye un orden coactivo eficaz de modo directo, sino que más bien constituye un marco técnico-jurídico con efectos armonizadores, asimiladores y unificadores sobre el Derecho penal de los Estados miembros”. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Constitución europea, legalidad y Derecho penal económico', en MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (ed) *Constitución europea y Derecho penal económico* (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 258 y nota 19.

<sup>421</sup> ROMEO MALANDA, SERGIO, 'Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa', *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII (2012). p. 382.

<sup>422</sup> ALCALÉ SÁNCHEZ, MARÍA, 'Derecho penal y Tratado de Lisboa', *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 30 (2008). p. 352.

ejecución de penas en la jurisprudencia tanto del TEDH como del TJCE y de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales”, aunque más adelante parecen reconocer implícitamente que aún no estamos en presencia de auténtico Derecho penal europeo, al mencionar que “en todo caso un futuro Derecho penal deberá entroncar con los principios rectores de la cultura jurídico penal europea y tendrá la necesidad de establecer una unificación de conductas típicas y de sanciones penales”<sup>423</sup>.

Todo ello no obsta, sin embargo, para que reconozca, como he dicho al principio, la existencia de un relativo Derecho penal europeo, puesto que, cada vez en más ámbitos, se van armonizando y unificando tipos, que -gracias al Tratado de Lisboa- se va ahuyentado el problema del déficit democrático y que cada vez se van cediendo más áreas de la soberanía nacional a favor de la Unión Europea.

### **2.3. LA EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA PARA LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS**

Como vimos al principio de este trabajo, en un primer momento no se tuvo en cuenta, en la construcción de la hoy UE, la protección del medio ambiente en ninguno de sus tratados fundacionales, sino que fue una preocupación y ocupación sobrevenida. Destaca a este respecto Vercher Noguera que la posición preeminente que el Derecho ambiental ocupa hoy día dentro del sistema legal de la UE ha ocurrido de una manera lógica y natural, no porque haya sido fruto de algún conflicto circunstancial que hubiera que resolver o de una urgencia a solucionar, ni por algún capricho político, sino que ha aparecido históricamente de forma natural, de manera que al llegar un determinado momento, la protección medioambiental se hizo inevitable, ya que cada vez las conductas atentatorias contra el medio ambiente son más graves, tanto cualitativa como

---

<sup>423</sup> BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL & BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA, *Derecho penal económico*, 2ª edición, (Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010) p. 73.

cuantitativamente. Se trata de comportamientos delictivos que traspasan las fronteras estatales y empiezan a surgir formas de corrupción relacionadas con los ataques al medio ambiente. Es decir, para este autor, la llegada del Derecho ambiental comunitario ha sido necesaria<sup>424</sup>.

El origen de la política de protección penal medioambiental puede situarse en la Resolución del Consejo de Europa 28/1977, sobre la Contribución del Derecho penal a la protección del medio ambiente<sup>425</sup>, en la que se recomienda a los Estados miembros que criminalicen las actividades contaminantes, tanto dolosas como imprudentes, les impongan sanciones penales, incluyendo en éstas últimas no sólo las penas privativas de libertad y las multas, sino también otras accesorias como la utilización del producto de las penas pecuniarias impuestas para fines relativos al medio ambiente, clausura de los establecimientos contaminantes o inhabilitación de los responsables, y revisen sus procesos penales para adaptarlos a las peculiaridades del Derecho Ambiental. En cumplimiento de dicha Resolución, cinco años después de la entrada en vigor de la Constitución, se introdujo en el Código Penal español en 1983 el artículo 347 bis, que tipificaba y sancionaba por primera vez en España como delito determinados ataques contra el medio ambiente.

En 1990, el Consejo de Europa emite la Resolución 1/1990 sobre protección del medio ambiente a través del Derecho penal, en la que actualiza las recomendaciones de la anterior y dictamina la necesidad de confeccionar una lista de tipos penales que aseguren la protección adecuada al medio ambiente, de regular las infracciones penales mediante tipos de peligro e infracciones administrativas y de intentar que la persecución de este tipo de delitos sea posible no sólo en el Estado donde se cometió el hecho, sino también en aquellos otros donde se hubiera producido el resultado o las consecuencias

---

<sup>424</sup> VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'La incipiente regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Derecho comunitario europeo', en ANTONIO VERCHER NOGUERA (ed) *El Derecho europeo medioambiental: Estado actual de la trasposición del Derecho comunitario al ordenamiento jurídico* (Estudios de Derecho judicial, nº 67, Madrid, 2004) p. 17.

<sup>425</sup> Resolución (77) 28, adoptada por el Comité de Ministros el 28/09/1977, durante la 275 reunión de los Delegados de los Ministros. Vid. MINISTERIO DE JUSTICIA, SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA, *Recomendaciones y resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia jurídica*, (Centro de publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid, 1992) pp. 228-230.



dañosas.

Constituye un paso decisivo en esta materia el Convenio del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1998 sobre protección del medio ambiente a través del Derecho penal, fruto de la elaboración de un proyecto por un Comité de expertos, constituido en 1991 por impulso del Comité de Ministros del Consejo de Europa, para la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, proyecto que fue aprobado en 1996. Es el primer convenio en el que se planteó abiertamente el recurso al Derecho penal con esa específica finalidad protectora<sup>426</sup> y perseguía conseguir una mejor protección del medio ambiente mediante el recurso -como *ultima ratio*- del Derecho penal. Consta de 17 artículos agrupados en cuatro secciones: Definiciones, medidas que han de ser tomadas en el ámbito nacional, en el internacional y Disposiciones finales (el esquema de este Convenio se trasladó a nuestro Código penal tras la reforma de 1995, por el que se introdujo el Título XVI). Se establece la obligación explícita a las partes contratantes de establecer sanciones penales, aunque no modela un listado de sanciones aplicables. Este Convenio no ha entrado todavía en vigor, pues necesita tres ratificaciones y, aunque lo han firmado 13 países -entre los que no se encuentra España- sólo lo ha ratificado uno (Estonia)<sup>427</sup>.

En 1999 entró en vigor el Tratado de Ámsterdam que, como hemos visto antes, posibilitó la aprobación del Programa Tampere. A partir de Tampere se incluye entre las prioridades de aquella incipiente política criminal europea la protección del medio ambiente a través del Derecho penal<sup>428</sup>.

En 2000 el Consejo de Justicia y Asuntos Internos reconoció que era necesario

---

<sup>426</sup> VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'La incipiente regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Derecho comunitario europeo', en ANTONIO VERCHER NOGUERA (ed) *El Derecho europeo medioambiental: Estado actual de la trasposición del Derecho comunitario al ordenamiento jurídico* (Estudios de Derecho judicial, nº 67, Madrid, 2004) p. 22, nota 27.

<sup>427</sup> CUADRADO RUÍZ, M<sup>a</sup> ÁNGELES, 'Derecho y Medioambiente', *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, 21 (2010).

<sup>428</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, 'Unión Europea, Derecho penal (ambiental) y Derecho comunitario', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *Técnicas de Investigación e infracciones medioambientales* (Estudios de Derecho judicial, nº 75, Madrid, 2005) p. 88.

que se tomasen iniciativas para abordar apropiadamente los delitos contra el medio ambiente. Las iniciativas adoptadas fueron dos: una propuesta del Consejo de Decisión Marco de Acción Común sobre protección del ambiente, presentada por Dinamarca en marzo de 2000, cuyo objetivo era aproximar la legislación de los Estados miembros en la materia, y un proyecto de Directiva emitido por la Comisión en 2001 sobre protección del medio ambiente a través del Derecho penal. Dado el anterior sistema de pilares de la UE, surgieron problemas con estas dos propuestas, pues la defendida por el Consejo (la Decisión Marco) se apoyaba en el Tercer Pilar para argumentar su legalidad, mientras que la apoyada por la Comisión (la Directiva) lo hacía en el Primer Pilar, siendo ésta la propuesta apoyada por el Parlamento Europeo. La propuesta de Decisión Marco recogía los elementos más importantes del Convenio de 4 de noviembre de 1998 y con la propuesta de Directiva la Comisión pretendía que los Estados adoptaran sanciones efectivas, disuasorias y proporcionadas en la protección ambiental, así como que fijaran y definieran un conjunto mínimo de conductas que debían ser tipificadas como delitos contra el medio ambiente<sup>429</sup>.

En 2003 el Consejo rechazó la propuesta de Directiva y aprobó la Decisión Marco<sup>430</sup>, lo que fue recurrido por la Comisión y el Parlamento ante el Tribunal de Justicia: Comisión contra Consejo, caso C-176/03. En realidad, el tema central de la Sentencia fue decidir cuál era la base jurídica para la efectiva tutela ambiental en la UE y el TJCE, en este caso, dio la razón a la Comisión y al Parlamento y anuló la citada Decisión Marco. La Comisión elaboró una comunicación (COM(2005)583 final) en la que resumía la Sentencia. Los puntos más interesantes de este resumen son los siguientes: En el apartado 3 recoge que “*El Tribunal de Justicia declaró que si bien “... en principio, la Comunidad no es competente en materia de Derecho penal ni en materia de Derecho procesal penal ...”, “esta constatación no es óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las*

---

<sup>429</sup> VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'Avanzando hacia un derecho penal ambiental comunitario', en ANTONIO VERCHER NOGUERA (ed) *Derecho europeo ambiental: La protección del medio ambiente en la Unión Europea. Aspectos críticos*. (Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007) pp. 61 y ss.

<sup>430</sup> Decisión Marco 2003/80/JAI del Consejo de 27 de enero de 2003. DOCE L 29, de 5 de febrero de 2003.

*normas que dicte en materia de protección medioambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente*". En el apartado 7 reconoce que *"el Derecho penal como tal no constituye una política comunitaria. (...) la aprobación de medidas penales apropiadas sobre una base comunitaria sólo es posible de manera sectorial, y siempre que se demuestre la necesidad de luchar contra graves incumplimientos de los objetivos de la Comunidad y de prever medidas penales con el fin de garantizar la plena eficacia de una política comunitaria o el buen funcionamiento de una libertad"*. Este argumento de la necesidad es repetido en el apartado 9, que tras reconocer el carácter "funcional" de la Sentencia, continúa: *"Lo que fundamenta la posibilidad de que el legislador comunitario prevea medidas relacionadas con el Derecho penal es la necesidad de hacer respetar la normativa comunitaria"* y en el apartado 12: *"Todo recurso a medidas relacionadas con el Derecho penal debe estar justificado por la necesidad de hacer eficaz la política comunitaria en cuestión"*. Por su parte, el apartado 13 recoge la exigencia de coherencia por parte del TJCE, al señalar que *"Las medidas relacionadas con el Derecho penal adoptadas de manera sectorial sobre una base comunitaria deben respetar la coherencia global del dispositivo penal de la Unión ya se adopte sobre la base del primer o del tercer pilar, con el fin de evitar disposiciones penales dispersas y dispares"*. Hoy día, con la desaparición del sistema de pilares tras el Tratado de Lisboa, ya no hay lugar al planteamiento de la legalidad de una norma según se base en uno u otro pilar, pues todas quedan encuadradas dentro del ámbito competencial general de la Unión Europea.

Creo que esta Sentencia deja clara la postura de las más importantes instituciones de la Unión Europea a favor de la regulación de la protección al medio ambiente a través del Derecho penal. Ya sea porque se apoyasen en uno u otro pilar (discusión hoy fuera de lugar al no existir ya esa estructura de pilares) es claro que todos buscaban lo mismo: recurrir al Derecho penal para proteger al medio ambiente, y el TJUE reconoce y apoya esta postura.

Finamente, en el seno de la propia Unión Europea se constata que, a pesar de la ingente normativa para la protección del medio ambiente, ésta resulta insuficiente, al no prever todos los Estados miembros las sanciones penales para el castigo de las

192

infracciones ambientales. Así lo reconoce en la actualidad el Parlamento Europeo en una de sus fichas técnicas: *“Con el fin de garantizar un elevado nivel de protección del medio ambiente, es indispensable abordar el problema creciente de los delitos medioambientales. La Unión Europea ha adoptado numerosos actos legislativos de protección del medio ambiente y los Estados miembros deben transponerlos y aplicarlos. La experiencia ha demostrado, sin embargo, que las sanciones que aplican actualmente los Estados miembros no siempre son suficientes para lograr el pleno cumplimiento del Derecho de la UE. No todos los Estados miembros han previsto sanciones penales para las infracciones más graves de la legislación de la UE en el ámbito de la protección del medio ambiente. Para hacer frente a este problema, la Directiva 2008/99/CE (aprobada el 19 de noviembre de 2008) obliga a los Estados miembros a considerar determinadas actividades contaminantes como actos punibles mediante el Derecho penal y no mediante el Derecho administrativo, menos represivo”*<sup>431</sup>.

En efecto, en 2008 se publicó la Directiva 2008/99/CE del Parlamento y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal<sup>432</sup>. En ella se considera necesario el uso del Derecho penal para la protección medioambiental en la UE ante el aumento de los delitos ecológicos y la escasa efectividad de las sanciones y responsabilidades recogidas en los Derechos administrativo y civil. De esta manera, en sus considerandos 2 y 3, manifiesta que *“el preocupante aumento de los delitos medioambientales y sus efectos, que se extienden cada vez más fuera de las fronteras de los Estados en los que esos delitos se cometen. Tales delitos suponen una amenaza para el medio ambiente y, por lo tanto, requieren una respuesta apropiada. La experiencia ha demostrado que los sistemas de sanciones existentes no son suficientes para lograr el total cumplimiento de la legislación para la protección del medio ambiente. Este cumplimiento puede y debe reforzarse mediante la aplicación de sanciones penales que pongan de manifiesto una desaprobación social de naturaleza cualitativamente diferente a la de las sanciones administrativas o un mecanismo de compensación conforme al Derecho civil”*. En el considerando 6 equipara

---

<sup>431</sup> VICARIO, LORENZO & SOSA IUDICISSA, MARCELO, 'La aplicación del Derecho de la UE en materia de medio ambiente', *Fichas técnicas del Parlamento Europeo*, (junio 2013). p. 3. Pág. web UE: [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_5.4.2.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.4.2.pdf). Visitada el 01/03/2014.

<sup>432</sup> DOUE L-328/28 de 6/12/2008 pp. 28 y ss.

la acción a la omisión en cuanto a la responsabilidad: *“El incumplimiento de la obligación legal de actuar puede tener el mismo efecto que un comportamiento activo y, en consecuencia, debe estar sujeto también a las sanciones correspondientes”*. Y en el considerando 10 incluye la exigencia a los Estados para que regulen los ataques graves al medio ambiente mediante el uso del Derecho penal: *“La presente Directiva obliga a los Estados miembros a prever sanciones penales en su legislación nacional por las infracciones graves de las disposiciones del Derecho comunitario sobre protección del medio ambiente”*.

En cuanto a su parte dispositiva, el art. 2 recoge las definiciones de lo que se ha de entender por “ilícito”, por “especies protegidas de flora y fauna” y por “persona jurídica”. El art. 3 recoge las conductas que los Estados miembros han de incluir en su catálogo de delitos “cuando sean ilícitas y se cometan dolosamente o, al menos, por imprudencia grave”, ampliando en el art. 4 la incriminación a los supuestos de complicidad e inducción a la comisión de dichas conductas. Por su parte, el art. 5 conmina a los Estados a adoptar “sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias” para castigar los delitos que nos ocupan, y el art. 6 incluye una gran novedad en este tema, pues por primera vez se obliga al reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas, exigiendo que se adopten las medidas necesarias para que éstas puedan ser incriminadas “cuando tales delitos hayan sido cometidos en su beneficio” o en los casos de negligencia en la supervisión, sin perjuicio de “la adopción de medidas penales contra las personas físicas que sean autoras, incitadoras o cómplices de los delitos a los que se hace referencia”, recogiendo en el art. 7 la exigencia de incluir sanciones “eficaces, proporcionadas y disuasorias” para ellas.

Fruto de esta Directiva fue la modificación operada en los art. 325 y ss de nuestro Código penal por la L.O. 5/2010 de 22 de junio, publicada en el BOE nº 152 de 23 de junio de 2010, cumpliendo así lo dispuesto en el art. 8 de la Directiva, que exigía la cumplimentación de la misma antes del 26 de diciembre de 2010. Reclamaba también este artículo de la Directiva que se incluyese una referencia a la misma cuando se adoptasen las normas por las que se cumplimentase. Esa referencia aparece en el Preámbulo de la mencionada L.O. 5/2010, que especifica: *“Las modificaciones en los delitos contra el medio ambiente responden a la necesidad de acoger elementos de armonización normativa de la Unión Europea en este ámbito. De conformidad con las*

*obligaciones asumidas, se produce una agravación de las penas y se incorporan a la legislación penal española los supuestos previstos en la Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal”.*

Pienso que, en este tema, al igual que sucede con el Derecho penal en general, no podemos hablar de un cuerpo legislativo aplicable directamente al ciudadano europeo, puesto que no se trata de una normativa incluida en un Tratado. Sin embargo, es lo cierto que en este ámbito se ve con mucha más claridad la injerencia que el Derecho comunitario despliega en los ordenamientos penales internos y que, al menos en la materia ambiental -que es la que nos ocupa- hay una obligación de legislación que podríamos considerar unitaria, entendido el término unitario *lato sensu* pues no se trata de una legislación unitaria o uniforme *stricto sensu*, a la que no puede escapar ningún Estado miembro<sup>433</sup>. Así lo reconocía expresamente el TJUE en la Sentencia de 13 de septiembre de 2005, al disponer en sus apartados 47 y 48, que *“en principio, la Comunidad no es competente en materia de Derecho penal ni en materia de Derecho procesal penal (...). Sin embargo, esta constatación no es óbice para que el legislador comunitario adopte medidas relacionadas con el Derecho penal de los Estados miembros y que estime necesarias para garantizar la plena efectividad de las normas que dicte en materia de protección medioambiental, cuando la aplicación por las autoridades nacionales competentes de sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias constituye una medida indispensable para combatir los graves atentados contra el medio ambiente”*. Queda claro que, en cuanto a protección penal, sí podríamos hablar de un “Derecho penal ambiental europeo”, al menos en un sentido relativo, pues los Estados miembros no pueden hacer valer sus competencias soberanas frente a un objetivo prioritario de la Unión, cuál es el medio ambiente. Las legislaciones internas deben adaptarse a los mandatos comunitarios y modificar, si es necesario, su Ordenamiento para acoger las directrices unitarias. El legislador no es libre para decidir si quiere o no incriminar determinado ataque al medio ambiente, pues queda obligado a tipificar y sancionar conforme a lo que manda el Derecho comunitario. De esta manera, una misma acción infractora (p.ej. un vertido) va a ser delito en cualquier rincón de la Unión Europea y su autor, cómplice e inductor van a ser sancionados por ello; lo único

---

<sup>433</sup> El art. 3 de la Directiva 2008/99/CE establece que *“los Estados miembros se asegurarán de que las siguientes conductas sean constitutivas de delito, ...”*.

que variará es la mayor o menor intensidad de la sanción a imponer, porque eso sí queda, en gran medida, al arbitrio del legislador nacional: interpretar qué se entiende por sanción eficaz, proporcionada y disuasoria. Es por ello que sigo pensando que no puede hablarse de un Derecho penal ambiental europeo *strictu sensu*, pero sí en sentido relativo.

## **2.4. EL CONTROL DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO: EL PROCEDIMIENTO DE INFRACCIÓN**

Una vez que se han dictado las normas comunitarias, procede garantizar su aplicación por parte de los Estados miembros. Lo explica muy bien el Parlamento Europeo a través de una de sus fichas técnicas: *“El Consejo Europeo de Dublín de junio de 1990 subrayó que el Derecho comunitario en materia de medio ambiente solo tendría pleno efecto si se aplicaba y cumplía perfectamente en los Estados miembros. El 14 de mayo de 1997, en su Resolución relativa a la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación del Derecho comunitario de medio ambiente (COM(96) 500), el Parlamento pidió a la Comisión que elaborara y publicara un informe anual sobre los progresos efectuados en la adopción y aplicación del Derecho comunitario en materia de medio ambiente. En 2007, la Comisión publicó una Comunicación titulada «Una Europa de resultados – La aplicación del Derecho comunitario» (COM(2007) 502), en la que recomendaba algunas forma de mejorar la aplicación del Derecho comunitario. Posteriormente, en su Comunicación sobre la aplicación de la legislación ambiental comunitaria (COM(2008) 773) se aplicaba el enfoque definido en la Comunicación de 2007 a fin de mostrar que la aplicación de la legislación de la UE en materia de medio ambiente podía mejorar si se utilizaba una combinación de: actividad legislativa y poslegislativa encaminada a la prevención de infracciones; la respuesta a las preocupaciones específicas de los ciudadanos europeos; un tratamiento más inmediato e intensivo de las infracciones más importantes; un mayor diálogo con el Parlamento Europeo; más transparencia, comunicación y diálogo con los ciudadanos y las partes interesadas. Los procedimientos de infracción establecidos en los artículos 258 y 260 del Tratado constituyen una potente herramienta para abordar los problemas de aplicación. Las denuncias relativas a la aplicación de la legislación medioambiental a*

*menudo adoptan la forma de preguntas escritas o de peticiones dirigidas al Parlamento Europeo. Esto pone de manifiesto la preocupación de los ciudadanos de la UE por el estado del medio ambiente y los «resultados ecológicos» de los Estados miembros. En este contexto, es necesario desarrollar nuevos métodos de trabajo junto con los Estados miembros en todas las fases del ciclo de transposición legislativa»<sup>434</sup>.*

Es por ello que no quisiera acabar sin antes hacer referencia al procedimiento de infracción, que es “el mecanismo más radical del que se dispone a nivel comunitario para asegurar la aplicación correcta de la legislación medioambiental<sup>435</sup>”, aunque la Comisión, en sendas Comunicaciones<sup>436</sup>, reconoce que es necesario utilizar primero otros procedimientos no contenciosos antes de acudir al de infracción. El procedimiento de infracción aparece descrito en la Comunicación COM (2007) 502 final, titulada “Una Europa de resultados – La aplicación del Derecho Comunitario”, en la que la Comisión reconoce que “*como guardiana de los Tratados, la Comisión goza de autoridad y responsabilidad para garantizar el respeto del Derecho comunitario, verificando que los Estados miembros respetan los Tratados y la legislación comunitaria. La Comisión supervisa la aplicación del Derecho comunitario por parte de los Estados miembros mediante contactos, correspondencia y reuniones con los Estados miembros. La Comisión puede iniciar procedimientos de infracción, solicitando a los Estados miembros que corrijan una transposición incorrecta o inexistente, o una incorrecta aplicación de las normas. La Comisión puede acudir al Tribunal de Justicia, a fin de obtener una declaración de infracción del Derecho comunitario por parte del Estado miembro en cuestión. Puede recurrir por segunda vez al Tribunal buscando la aplicación de sanciones financieras hasta que se cumpla la primera resolución del Tribunal*”.

---

<sup>434</sup> VICARIO, LORENZO & SOSA IUDICISSA, MARCELO, 'La aplicación del Derecho de la UE en materia de medio ambiente', *Fichas técnicas del Parlamento Europeo*, (junio 2013). p. 3. Pág. web UE: [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_5.4.2.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.4.2.pdf). Visitada el 01/03/2014.

<sup>435</sup> GARCÍA BURGUÉS, JULIO, 'Derecho europeo medioambiental. La protección del medio ambiente en la Unión Europea', en ANTONIO VERCHER NOGUERA (ed) *Derecho europeo medioambiental: La protección del medio ambiente en la Unión Europea. Aspectos críticos* (Estudios de Derecho judicial, nº 134, Madrid, 2007) p. 16.

<sup>436</sup> COM (2002)725 final de 11 de diciembre de 2002 y COM(96)500 final de 22 de octubre de 1996.



El procedimiento se inicia a instancia de la Comisión, pues el art. 17.1 TUE dispone que *“la Comisión promoverá el interés general de la Unión y tomará las iniciativas adecuadas con este fin”*. La iniciación puede producirse de oficio, en virtud del art. 258 TFUE, a cuyo tenor *“Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea”*, o a consecuencia de una queja, conforme al art. 259 TFUE: *“Cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados”*. Eso sí, antes de acudir al Tribunal de Justicia *“deberá someter el asunto a la Comisión”*.

En caso de recurso por incumplimiento, la Comisión Europea empieza por incoar el procedimiento administrativo denominado "de infracción" o "precontencioso", para intentar que el Estado miembro cumpla voluntariamente las normas del Derecho de la Unión, pudiendo presentar las alegaciones que estime convenientes. Esta fase consta de varias etapas que pueden ir precedidas de una fase de investigación o examen, sobre todo si el procedimiento de infracción se incoa por denuncia<sup>437</sup>. En primer lugar, la Comisión ha de enviar una carta de emplazamiento, en la que solicita al Estado miembro que le comunique sus observaciones sobre el problema a tratar, seguida de un dictamen motivado, en el que la Comisión Europea se pronuncia sobre la infracción, determina el contenido del posible recurso por incumplimiento e insta a que se ponga fin al mismo en el plazo establecido en el que debe exponer de forma coherente y detallada los motivos por los que entiende que el Estado ha incumplido alguna de las obligaciones que impone el Tratado. El plazo normal de respuesta por parte del Estado miembro es de dos meses, aunque puede ampliarse o acortarse dependiendo de las circunstancias del caso.

---

<sup>437</sup> Página web de la Comisión Europea: [http://ec.europa.eu/eu\\_law/infringements/infringements\\_es.htm](http://ec.europa.eu/eu_law/infringements/infringements_es.htm). Visitada el 01/03/2014.

El recurso al Tribunal de Justicia inicia la fase contenciosa que se desarrolla ante él y termina con una sentencia que normalmente suele recaer en un plazo no superior a dos años. “*Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal*” (art. 260.1 TFUE).

En el caso de que los Estados miembros no ejecuten una sentencia del Tribunal de Justicia, el art. 260.2 TFUE prevé la posibilidad de que la Comisión recurra al Tribunal de justicia proponiendo el importe de la suma a tanto alzado o la multa coercitiva que considere conveniente como sanción por el incumplimiento, ya que las sentencias del Tribunal de Justicia son jurídicamente obligatorias tanto para los Estados miembros como para las instituciones europeas. Los criterios que deben regir en la imposición de la sanción son tres: gravedad de la infracción, duración de la misma y efecto disuasorio de la sanción a fin de evitar reincidencias<sup>438</sup>.

Es precisamente el ámbito del medio ambiente un sector en el que, dada la complejidad de las infracciones y su persistencia, se ha constatado un número elevado de supuestos de inejecución de sentencias. La primera multa coercitiva impuesta con base en el art. 260 TFUE fue por el funcionamiento de un vertedero ilegal en Grecia<sup>439</sup>.

Pero, como se ha señalado, el procedimiento de infracción puede iniciarse también como consecuencia de una queja o denuncia. Este procedimiento aparece descrito en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Defensor del Pueblo Europeo, COM (2002)141 final de 20 de marzo de 2002, sobre las relaciones con el denunciante en materia de infracciones del Derecho comunitario. El procedimiento es básicamente el mismo que hemos explicado para los supuestos de iniciación de oficio, con las siguientes particularidades: En cuanto a la presentación de

---

<sup>438</sup> Apartado 13 de la Comunicación de la Comisión SEC(2010) 1371 final, sobre la aplicación del artículo 260. 3 TFUE, de 11 de noviembre de 2010.

<sup>439</sup> GARCÍA BURGUÉS, JULIO, 'Derecho europeo medioambiental. La protección del medio ambiente en la Unión Europea', en ANTONIO VERCHER NOGUERA (ed) *Derecho europeo medioambiental: La protección del medio ambiente en la Unión Europea. Aspectos críticos* (Estudios de Derecho judicial, nº 134, Madrid, 2007) p. 21.

las denuncias, éstas deben formularse por escrito, no importa el medio (carta, fax o correo electrónico). Se pone a disposición de los ciudadanos un modelo tipo para la presentación, aunque no es obligatorio usarlo, y la misma es gratuita. En el escrito debe constar el hecho imputado al Estado miembro, las gestiones realizadas y, si es posible, las disposiciones de la UE que se entiendan infringidas. Cualquier ciudadano puede presentar una queja, aunque no tenga un interés específico, para denunciar una violación del Derecho comunitario. El denunciante puede solicitar que se respete su anonimato y, en todo caso, *“la comunicación al Estado miembro de la identidad del denunciante, así como de los datos transmitidos por este último, estará sujeta a su acuerdo previo con arreglo, en particular, al Reglamento (CE) nº 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos , y al Reglamento (CE) nº 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión”*. La Comisión deberá informar al denunciante de cualquier decisión que adopte. Además, el denunciante puede formular alegaciones o presentar informaciones complementarias en cualquier momento. La Comisión deberá adoptar una decisión de emplazamiento o de archivo en un plazo máximo de un año a partir del registro de la denuncia por la Secretaría General. El denunciante no es parte en el procedimiento -sólo lo son la Comisión y los Estados miembros- y, por tanto, no puede recurrir las decisiones de la Comisión ni intervenir durante la fase contenciosa ante el Tribunal de Justicia. Si un denunciante considera que, con motivo de la tramitación de su denuncia, ha existido mala administración por parte de la Comisión, podrá ejercer su derecho a recurrir ante el Defensor del Pueblo Europeo.

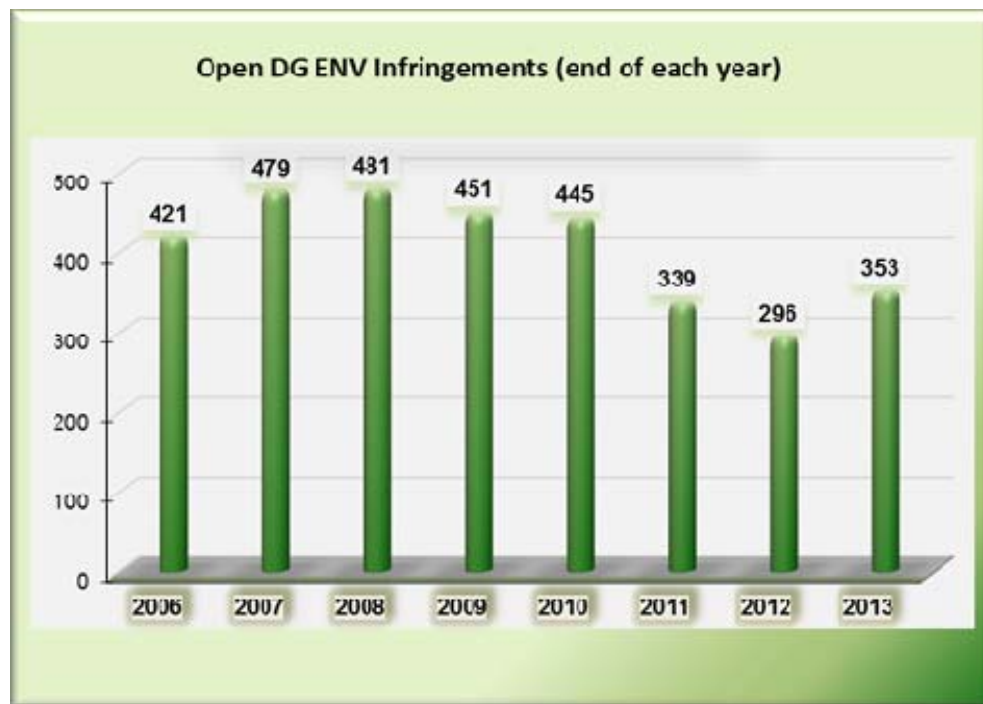
Por otro lado, el art. 227 TFUE concede el derecho a cualquier ciudadano o residente de la Unión Europea a presentar al Parlamento Europeo una petición sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Unión que le afecte directamente. Así, *“peticiones y quejas cumplen en la práctica una función similar y, a veces, son presentadas de manera simultánea”*<sup>440</sup>.

---

<sup>440</sup> GARCÍA BURGUÉS, JULIO, 'Derecho europeo medioambiental. La protección del medio ambiente en la Unión Europea', en ANTONIO VERCHER NOGUERA (ed) *Derecho europeo medioambiental: La protección*  
200

## 2.5. ESTADÍSTICAS<sup>441</sup>

Nº de infracciones contra el medio ambiente por año (nº de casos abiertos por este motivo en la Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea):



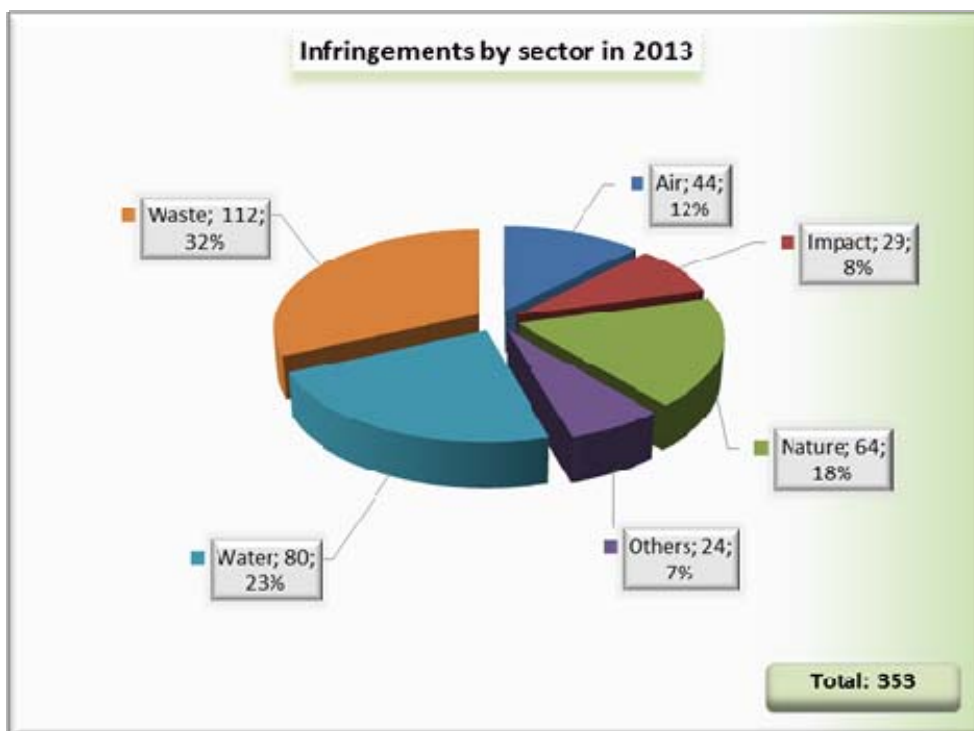
Infracciones por sector ambiental en que se producen:

Agua: 27%; Naturaleza: 23%; Basura: 19%; Aire: 13%, Impacto: 11%; Otros: 3%.

---

*del medio ambiente en la Unión Europea. Aspectos críticos* (Estudios de Derecho judicial, nº 134, Madrid, 2007) p. 23.

<sup>441</sup> Página web UE: <http://ec.europa.eu/environment/legal/law/statistics.htm> . Visitada el 01/03/2014.



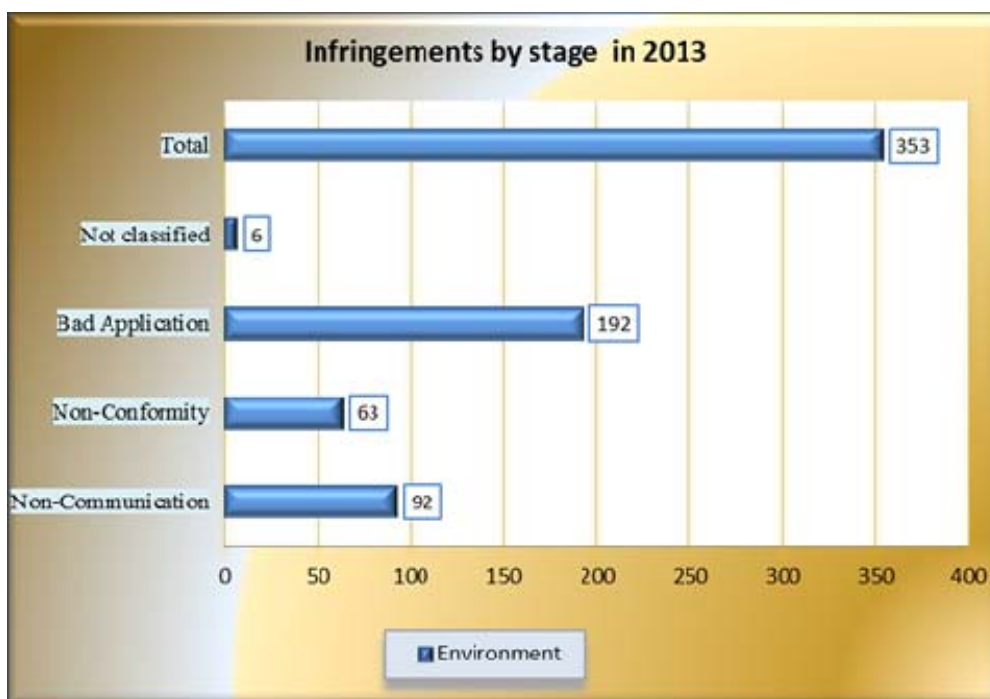
Infracciones por Estado miembro:



Por tipo de infracción:

Hay tres tipos de infracciones: infracciones no-comunicación, cuando un Estado miembro incorpora a su legislación una directiva específica antes del plazo fijado en

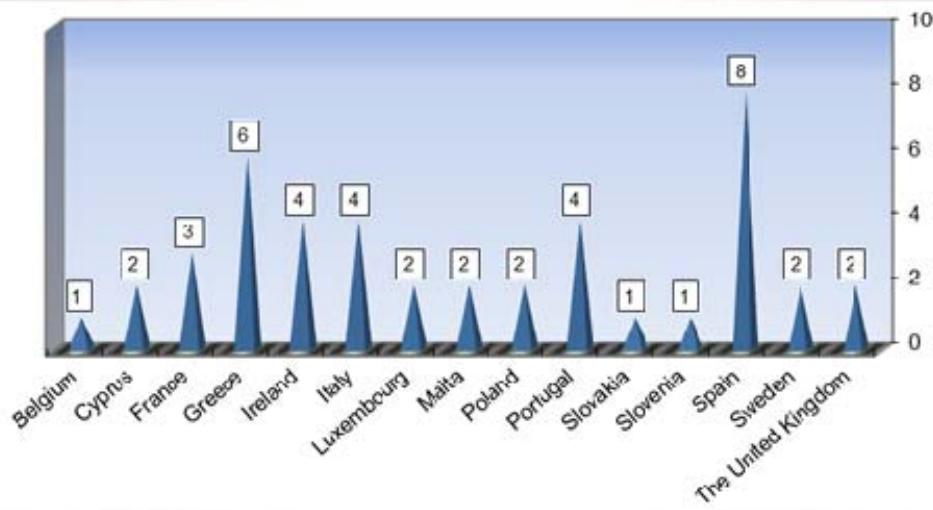
ella; Infracciones no-conformidad cuando existen deficiencias en la transposición de una directiva; e infracciones por mala aplicación de una directiva concreta por parte del Estado miembro.



Infracciones art. 260 (antiguo art. 228):

Un caso conforme al artículo 260 se abre cuando un Estado miembro incumple una sentencia del Tribunal de Justicia (TJUE), que declaró la infracción de una obligación en virtud del Derecho comunitario por dicho Estado miembro. Si la sentencia no es finalmente cumplida, la Comisión aportaría tal caso nuevamente ante el Tribunal, que podrá imponer multas a dicho Estado miembro.

Article 260 Cases (end 2013)



Total: 44

## CAPÍTULO III

### LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO ESPAÑOL

No es mi intención en este capítulo, realizar un estudio sobre el Derecho positivo español en los delitos medioambientales sino un estudio doctrinal general sobre la problemática de la tutela penal del medio ambiente, por tanto procuraré no hacer referencia a los tipos regulados en los art. 325 y ss de nuestro Código penal, sino a las cuestiones doctrinales de política criminal en general. Si bien en algunos momentos introduciré doctrina jurisprudencial española cuando así lo considere oportuno para una mejor explicación del tema en cuestión que afecte a cualquiera de los artículos contenidos en el Capítulo III del Título XVI del Código penal dedicados a la materia que nos ocupa.

Dado que uno de los temas que más controversia y problemática suscitan al hablar de los delitos medioambientales es el de la aplicación del principio *non bis in idem*, seguido de la cuestión de las leyes penales en blanco, es mi intención iniciar este capítulo con un estudio de ambas cuestiones.

También estimo aconsejable realizar, antes de adentrarme en el estudio pormenorizado de la tutela penal ambiental, un breve recorrido por la evolución que este tema ha experimentado en el Derecho penal español, dado que ello nos ilustrará mejor sobre la problemática actual que este principio comporta.



### 3.1. LA PROBLEMÁTICA DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* Y MEDIO AMBIENTE

#### 3.1.1. Orígenes y sentido del principio *non bis in idem*

No se sabe a ciencia cierta cuál es el momento preciso en la génesis de este aforismo, pero la doctrina científica mayoritaria sitúa su origen en el Derecho Romano<sup>442</sup>, aunque también hay voces que ubican la procedencia de este principio en la Antigua Grecia.

En concreto, para Barja de Quiroga<sup>443</sup> puede situarse “en una compilación de Derecho romano postclásico, del siglo III d.C. (las *Sentencias de Paulo*) y su posterior recepción por los canonistas, en los siglos XII y XIII”. También De León Villalba reconoce su aplicación en el Derecho Romano y posteriormente en el Derecho Canónico. Para Barja de Quiroga no parece viable remontarse más allá del siglo III d.C, aunque reconoce que entre los oradores latinos se alude a un principio general que impedía reclamar dos veces la misma cosa, y cita para ello a Quintiliano, quien aseguraba que “suele también discutirse sobre a qué se refiere lo que está escrito, como en «que no tenga acción dos veces por la misma cosa», es decir, si «dos veces» se refiere al denunciante o a la acción, y todo está oscuro en la ley”<sup>444</sup>.

Sin embargo, otros autores, como Liebs, entienden que el origen de este principio se encuentra “en los casos ejemplares que sirven de práctica en la enseñanza de la retórica entre los áticos”<sup>445</sup>. Para Liebs era una simple exigencia de buena fe, bajo la consideración de que no era conforme a la buena fe que se reclamase dos veces lo mismo<sup>446</sup>.

---

<sup>442</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *El principio "non bis in idem"*, (Dykinson, Madrid, 2004) p. 14. DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, (Bosch, Barcelona, 1998) p. 35.

<sup>443</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *El principio "non bis in idem"*, (Dykinson, Madrid, 2004) p. 14.

<sup>444</sup> *Ibidem*, p. 14, nota 4.

<sup>445</sup> *Vid.* DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, (Bosch, Barcelona, 1998) p. 48.

<sup>446</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *El principio "non bis in idem"*, (Dykinson, Madrid, 2004) p. 15.

No obstante, y como reconoce De León Villalba, en realidad no debería plantearse esta cuestión como conflicto, sino más bien como complemento una de otra<sup>447</sup>.

En cualquier caso, este principio encuentra una indudable correspondencia con el aforismo romano *bis de eadem re ne sit actio* o *bis de eadem re agere non licet* que se expone actualmente con la frase *ne bis in idem* o *non bis in idem*, que de ambas formas se enuncia indistintamente este principio, y ligada íntimamente a la institución de la cosa juzgada, cuyo objetivo es garantizar la no posibilidad de ser juzgado varias veces por un mismo hecho. En Derecho romano, este principio revestía especial importancia en el campo procesal, no así en el del Derecho penal, en el que, como señala Barja de Quiroga, sólo se encuentra una breve frase en las *Sentencias de Paulo*, en la que se señala que “por los delitos por los que alguien ha sido absuelto, no puede reiterar la acusación quien lo hubiese acusado”<sup>448</sup>.

Antes de continuar con el origen y evolución histórica de este principio, haré una muy breve referencia a la cuestión terminológica que, aunque no presenta una problemática trascendental en cuanto a su significado, ámbito, fundamentación o requisitos, sí es cierto que la cuestión del uso de “ne” o “non” también es objeto de discusión entre los distintos autores<sup>449</sup>. Barja de Quiroga, por ejemplo, sostiene que “la cuestión del *ne* o el *non* es una circunstancia surgida del cambio al estilo directo. (...) *ne* es una conjunción que da inicio a una oración final negativa, por lo tanto subordinada y que se suele traducir “para que no” o “que no”. Ahora bien, si extraemos la oración subordinada del contexto y la convertimos en una oración principal, la conjunción subordinada se debe transformar en una simple negación, esto es, en *non* y se traduce por “no”. (...) Si castellanizamos el principio, si partimos de “ne”, habremos de decir principio “para que no (o “que no”) dos veces en (o por) lo mismo”, mientras que si

---

<sup>447</sup> DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, (Bosch, Barcelona, 1998) p. 48, nota 53.

<sup>448</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *El principio "non bis in idem"*, (Dykinson, Madrid, 2004) p. 16.

<sup>449</sup> Discusión terminológica motivada porque el principio al que nos referimos es un “brocardo”, es decir, una expresión latina, recortada de otra más larga que, de modo conciso, expresa un axioma legal, un principio de derecho universalmente reconocido.

partimos de la conjunción “non”, diríamos principio “no dos veces en (o por) lo mismo”. (...) Así pues, si se enuncia como principio, parece que lo correcto es enunciarlo como principio *non bis in idem*”<sup>450</sup>. Mientras que, por su parte, García Albero defiende que “la utilización del adverbio negativo “ne” resulta correcta, contra el parecer de algunos, pues se utiliza en textos imperativos o jurídicos”<sup>451</sup>. Considero más correcta la primera opinión puesto que no enunciamos la frase entera sino un simple aforismo abreviado por lo que es necesario acomodar la gramática y sustituir “ne” por “non”. En cualquier caso, hoy día es utilizada indistintamente una u otra terminología sin que se dé una mayor importancia a esta cuestión.

Esta máxima pasó al Derecho canónico y así, en el *Decreto de Graciano*<sup>452</sup>, al tratar sobre “a quienes se les permite y a quienes se les prohíbe acusar”, dispone que “al que ha sido acusado por uno *no puede* acusarlo otro, pero no se prohíbe que otro acuse a quien, por “abolición” pública o privada, o porque el acusador ha desistido (de su acusación) ha dejado de estar entre los reos”<sup>453</sup>. El Fuero Juzgo<sup>454</sup> y el Fuero Real de España<sup>455</sup>, no citan de manera expresa el principio que nos ocupa, pero sí recogen la prohibición de volver a tratar un pleito ya dirimido y terminado. Destacan en esta época las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio como documento que revela más claramente este principio<sup>456</sup>. Como explica De León Villalba, “las Siete Partidas de Alfonso X el

<sup>450</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *El principio "non bis in idem"*, (Dykinson, Madrid, 2004) p. 17.

<sup>451</sup> GARCÍA ALBERO, RAMÓN, *"Non Bis in Idem" Material y Concurso de Leyes Penales*, 1ª ed., (Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1995) p. 23, nota 1.

<sup>452</sup> Trabajo del monje Graciano, monje camaldulense y profesor de Teología en Bolonia que lleva a cabo una obra de ingentes proporciones, titulada *Concordia discordantium canonum*, más conocida como “Decreto de Graciano”, con la que, en el año 1151 corona las tentativas de sistematización del Derecho canónico realizadas con anterioridad y que integra la primera parte del *Corpus Iuris Canonici*. GACTO FERNÁNDEZ, ENRIQUE, et al., 'Manual básico de Historia del Derecho (temas y antología de textos)', in (Laxes, 2009), pp. 165-166, y página web <http://es.scribd.com/doc/48114934/73/Decreto-de-Graciano>, visitada el 01/03/2014.

<sup>453</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *El principio "non bis in idem"*, (Dykinson, Madrid, 2004) p. 16.

<sup>454</sup> Traducción al castellano llevada a cabo en 1241 del *Liber Iudiciorum* o “Libro de los Jueces” promulgado el año 654.

<sup>455</sup> Realizada por D. Alfonso X “el sabio” en 1255

<sup>456</sup> Ley XII, Título I, de la VIIª Partida: “*como aquel que es quito una vez por juicio acabado del yerro que fizo, no lo pueden acusar después*”. *Quito seyendo algundo algund ome por sentencia valedera de algund yerro sobre que le oviessen acusado, dende adelante no lo podría acusar otro ninguno sobre*

Sabio, recogiendo las más puras fuentes del Derecho Romano contextualizadas a la realidad operante del momento, incluye también dentro de la séptima partida dos leyes que reflejan claramente el contenido del principio en la línea de las anteriores normas, concretamente las Leyes XII y XIII<sup>457</sup>.

Más adelante, al lado del procedimiento acusatorio se va introduciendo un nuevo procedimiento, el inquisitorio, que poco a poco fue imponiéndose desplazando al anterior. Durante la vigencia del procedimiento inquisitivo, el principio *non bis in idem* fue abolido. Esta abolición se empezó a relativizar a partir del siglo XVI con la práctica judicial de Milán, notándose el cambio a través de la Revolución Francesa. Pero fue el movimiento de la Ilustración, en el siglo XVIII, el que realmente coadyuvó a conformar la base sobre la que se ha desarrollado posteriormente, desechándose el proceso secreto inquisitorio e introduciéndose de nuevo el acusatorio<sup>458</sup>. El principio fue desarrollándose y perfilándose a lo largo del s. XIX, punto de inflexión a partir del cual se entiende su actual configuración.

Así, centrándonos ya en nuestra época podemos observar que este principio está firmemente arraigado en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, pero ya adaptado a las actuales necesidades jurídicas, de manera que su aplicación no se circunscribe exclusivamente al ámbito penal, sino también a otros en los que se manifiesta el poder sancionador del Estado. También, a nivel supranacional<sup>459</sup> podemos

---

*aquel yerro: fueras ende si provassen contra e que se fiziera el mesmo acusar engañosamente, asacando algunas pruebas que no supieesn el fecho porque lo diesen por quito del yerro, o del mal quel mismo se fizo acusar*". Citado en MUÑOZ CLARES, JOSÉ, *Ne bis in idem y Derecho penal. Definición, patología y contrarios*, (Diego Marín, Murcia, 2006) p. 49.

<sup>457</sup> Vid. DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, (Bosch, Barcelona, 1998) pp. 55-57.

<sup>458</sup> DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, (Bosch, Barcelona, 1998) p. 61.

<sup>459</sup> Vid. VERVAELE, JOHN, 'El principio non bis in idem en Europa', en LUIS ARROYO ZAPATERO & ADÁN NIETO MARTÍN (eds) *La orden de detención y entrega europea* (Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2006) pp. 230 y ss., DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, 'La regla non bis in idem en el Derecho procesal penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas', en ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, et al. (eds) *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Colex,

encontrar varios ejemplos, como el nº 1 del art. 4 –*Derecho a no ser juzgado o condenado dos veces*- del Protocolo nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a cuyo tenor: *Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado*<sup>460</sup>; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>461</sup> cuyo art. 14.7 dispone que “*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país*”; el Tratado de Schengen<sup>462</sup> que lo recoge en su art. 54, según el cual “*una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena*”; o la más reciente Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo art. 50 titulado “*Derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito*”, dispone que “*Nadie podrá ser acusado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley*”<sup>463</sup>. Finalmente, el TJCE en su Sentencia de 11 de febrero de 2003 explica en lo que debe consistir el principio *non bis in idem* en el ámbito de la Unión Europea, disponiendo que “*el principio ne bis in idem*

---

Madrid, 2008) pp. 169 y ss., VAN BOCKEL, BAS, *The ne bis in idem principle in EU law*, (Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2010) pp. 10 y ss.

<sup>460</sup> El Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950), fue modificado por, entre otros, el Protocolo nº 7 firmado en Estrasburgo el 22/11/1984. Página web [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/CONVENTION\\_ESP\\_WEB.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf)

<sup>461</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Pág. Web <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>

<sup>462</sup> Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los gobiernos de los estados de la unión económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes y al que España se adhirió el 25 de junio de 1991. Pág web <http://www.intermigra.info/intermigra/archivos/legislacion/aac-005.htm>

<sup>463</sup> DOCE de 18 de diciembre de 2000, pág. C 364/20. Pág web [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)

(...) implica necesariamente que exista una confianza mutua de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal y que cada uno de ellos acepte la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados miembros, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente”<sup>464</sup>.

Por lo tanto, el sentido del aforismo “non bis in idem” es claro: por una parte, no se puede juzgar a un mismo sujeto dos o más veces por un mismo hecho y, por otra, no se puede castigar dos veces por la misma infracción. Huergo Lora lo define como un “principio que tutela la libertad individual frente al poder punitivo del Estado, y significa que éste no puede proyectarse sobre un ciudadano más de una vez por el mismo hecho. Se trata, en definitiva, de limitar las armas de que dispone el Estado en su combate jurídico frente a los ciudadanos que supuestamente han delinquido. El Estado sólo tiene una oportunidad en este combate”<sup>465</sup>. Para Queralt el significado es “no castigar a un mismo sujeto dos o más veces por el mismo hecho”<sup>466</sup>. De manera más clara Suárez López explica que el principio *non bis in idem* “tiene un doble significado, material o sustantivo y procesal. Desde la perspectiva material o sustantiva significa que nadie podrá ser castigado más de una vez por la misma infracción. Desde la procesal significa que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma conducta”<sup>467</sup>. También De Martínez Vicente explica que “el principio *non bis in idem* desde la perspectiva material rechaza en primer lugar, que un mismo hecho pueda dar lugar a más de una pena, problema que se resuelve con la aplicación del concurso de leyes; en segundo lugar, rechaza que un mismo hecho pueda dar lugar a la aplicación de una agravante ya tenida en consideración en el tipo básico del delito, problema que se soluciona con la aplicación del art. 67 Cp, y tercero, rechaza que un mismo hecho pueda dar lugar a una sanción penal acompañada de una sanción administrativa. (...) Desde la perspectiva o vertiente procesal lleva aparejado la prohibición de dualidad de procedimientos

---

<sup>464</sup> STJCE de 11/02/2003, caso Gozutok y Brügge, punto 33. Pág. web UE: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001CJ0187:ES:PDF>

<sup>465</sup> HUERGO LORA, ALEJANDRO, *Las sanciones administrativas*, (Iustel, Madrid, 2007) p. 439.

<sup>466</sup> QUERALT, JOAN J., *El principio non bis in idem*, (Tecnos, Madrid, 1992) p. 9.

<sup>467</sup> SUÁREZ LÓPEZ, JOSE MARÍA, 'La incidencia del principio "non bis in idem" ante ilícitos en materia de tráfico y seguridad vial', en LORENZO MORILLAS CUEVAS & LUIS APARICIO DÍAZ (eds) *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: Aspectos penales, civiles y procesales* (Dykinson, Madrid, 2007) p. 39.

sancionador penal y administrativo, es decir la prohibición de incoarse, de un lado, un procedimiento administrativo sancionador para aplicar la pertinente sanción y, de otro, un procedimiento penal sustantivo”<sup>468</sup>. Más concisamente Brandariz García afirma que “la vertiente material del *ne bis in idem* veda la imposición de la pluralidad de sanciones, mientras que la vertiente procesal del principio conjura también la posibilidad de que se pueda realizar un doble enjuiciamiento”<sup>469</sup>. En el mismo sentido Cobo del Rosal y Vives Antón explica que “el principio *ne bis in idem* tiene un doble significado: de una parte, es un principio material, según el cual nadie debe ser castigado dos veces por la misma infracción y, de otra, es un principio procesal, en virtud del cual nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos”<sup>470</sup> o, como explica Marina Jalvo, este principio comporta una doble garantía: una garantía material que supone la prohibición de sancionar doblemente unos mismos hechos en los casos en que exista identidad de sujeto y fundamento y una garantía procesal en cuya virtud unos mismos hechos no pueden ser objeto de dos procedimientos sancionadores<sup>471</sup>. Se muestra disconforme, sin embargo, en distinguir entre un *non bis in idem* material y otro procesal Muñoz Clares pues según sus propias palabras: “O es inútil distinguir entre un aspecto material y otro procesal del *ne bis in idem*, por éste tan único como lo es el *Ius puniendi* o, por el contrario, hay que multiplicar esas facetas: a partir del *ne bis in idem* material se daría el subsecuente penal, procesal, fiscal, administrativo, sancionador, etc. Desde tal perspectiva multiplicadora se aclara la innecesariedad de distinguir los planos material y procesal: el principio tiene vocación de vigencia en todo el sistema, desde la creación de la ley hasta su aplicación al ciudadano concreto por un hecho concreto”<sup>472</sup>

---

<sup>468</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, *El principio de legalidad penal*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2004) pp. 78 y 81.

<sup>469</sup> BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, 'Cuestiones derivadas de la concurrencia del Derecho penal y del Derecho administrativo en materia de tutela de medio ambiente', *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 7 (2003). p. 169

<sup>470</sup> COBO DEL ROSAL, MANUEL & VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR, *Derecho Penal. Parte General.*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1987) p. 61. En el mismo sentido, CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) p. 153.

<sup>471</sup> MARINA JALVO, BELÉN, 'La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales: Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem', *Revista de Administración Pública*, 162 (septiembre-diciembre 2003). pp. 175-188

<sup>472</sup> MUÑOZ CLARES, JOSÉ, *Ne bis in idem y Derecho penal. Definición, patología y contrarios*, (Diego Marín, Murcia, 2006) p. 270. Igual pensamiento manifiesta Boix Reig, para quien “las dos dimensiones,

No debemos confundir el *principio non bis in idem* con la institución de la cosa juzgada, pues como explica Pardo López, son “instituciones estrechamente relacionadas pero no plenamente coincidentes: ni la cosa juzgada es la única institución orientada a la salvaguarda del *non bis in idem*; ni pretende exclusivamente esa finalidad; ni puede entrar en juego en casos en los que nada se ha juzgado y sin embargo la prohibición de *bis in idem* opera igualmente, como sucede allí donde encontramos sanciones administrativas no recurridas que devienen firmes cuando posteriormente se incoa un procedimiento sancionador administrativo por los mismos hechos”<sup>473</sup>. En el mismo sentido, Cano Campos considera desatinada la confusión entre cosa juzgada y *non bis in idem* y defiende que “la cosa juzgada es un instrumento procesal para garantizar la prohibición de *bis in idem*, sin que quepa una identificación absoluta entre ambas instituciones”<sup>474</sup>.

A mi entender, también se desprende, desde la dimensión procesal del principio que nos ocupa otro objetivo: el de la seguridad jurídica. La seguridad que se confiere a una persona de que no se va a poder revisar su caso, una vez que éste haya sido resuelto por el *ius puniendi* del Estado, ya sea en vía penal o administrativa. Desde la dimensión material, también parece clara la intención: la proporcionalidad, pues sería desproporcionado y abusivo (arbitrario, según la terminología del art. 9.3 CE) la imposición de varias sanciones por una misma infracción. Ahora bien, yo me estoy refiriendo aquí a objetivo o finalidad y no a fundamentación constitucional, a ello me referiré más adelante, pero adelanto que, a mi parecer, la aplicación del principio *non bis in idem* encuentra su fundamento constitucional en el art. 9.3 CE.

---

material y procesal, del principio *non bis in idem* son inescindibles”. BOIX REIG, JAVIER, 'La jurisprudencia constitucional sobre el principio non bis in idem', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson/Civitas, Madrid, 2005) p. 149.

<sup>473</sup> PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup> MAGNOLIA, 'Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico: Especial consideración de los aspectos problemáticos del principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional', en JAIME MIGUEL PERIS RIERA & PABLO CUESTA PASTOR (eds) *La tutela penal del agua* (Dykinson, Madrid, 2011) p. 125.

<sup>474</sup> CANO CAMPOS, TOMÁS, 'Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo sancionador', *Revista de Administración Pública*, n° 156, septiembre - diciembre (2001).



Como afirma Morillas Cueva, “el intervencionismo estatal no puede, en ningún caso, por necesario que sea, y en el ámbito penal lo es, avasallar la dignidad y seguridad de sus ciudadanos”<sup>475</sup>. Pardo López entiende que no sólo la seguridad jurídica sino, sobre todo, el principio de proporcionalidad es el protegido con el principio que nos ocupa<sup>476</sup>. Para Suárez López “sin duda la idea de proporcionalidad guarda estrecha relación con la prohibición de doble sanción por la misma infracción. No obstante, a los efectos de asentar constitucionalmente el principio *non bis in idem* es poco eficaz, ya que el de proporcionalidad también carece de una proclamación expresa y del mismo modo se discute sobre el precepto de la Constitución en el que se encuentra recogido”<sup>477</sup>.

Efectivamente, como se verá en el epígrafe siguiente, al no estar explícitamente recogido el principio *non bis in idem* como tal en ningún artículo de la Constitución, surge la discusión sobre cuál es el principio en el que se asienta y en qué artículo puede entenderse incluido.

Así, por ejemplo, García de Enterría, entiende muy claramente incluido el *non bis in idem* en el art. 25.1 CE sirviéndose de la dicción literal del mismo, ya que para este autor “una determinada actuación activa u omisiva, podrá ser tipificada como delito, como falta o como infracción administrativa, pero no como todas o varias de estas figuras a la vez”<sup>478</sup>.

También entienden incluido el principio en estudio dentro del art. 25.1 CE De

---

<sup>475</sup> MORILLAS CUEVAS, LORENZO, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley penal.*, (Dykinson, Madrid, 2004) p. 113.

<sup>476</sup> PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup> MAGNOLIA, 'Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico: Especial consideración de los aspectos problemáticos del principio *non bis in idem* en la jurisprudencia constitucional', en JAIME MIGUEL PERIS RIERA & PABLO CUESTA PASTOR (eds) *La tutela penal del agua* (Dykinson, Madrid, 2011) p. 125.

<sup>477</sup> SUÁREZ LÓPEZ, JOSE MARÍA, 'La incidencia del principio "*non bis in idem*" ante ilícitos en materia de tráfico y seguridad vial', en LORENZO MORILLAS CUEVAS & LUIS APARICIO DÍAZ (eds) *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: Aspectos penales, civiles y procesales* (Dykinson, Madrid, 2007) p. 41, nota 17.

<sup>478</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, 'La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración. Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional', *Revista Española de Derecho Administrativo*, 29 (1981). p. 359

Vicente Martínez pues, según esta autora, “es positiva la creencia de que el principio de legalidad penal propio de un Estado democrático de Derecho incluye en su seno la prohibición de todo exceso por parte de los poderes públicos en el ejercicio del *ius puniendi*; exceso en el que se incurriría, indudablemente, de imponerse a una persona un doble castigo por unos mismo hechos y con idéntico fundamento, ya que la función de garantía de la libertad individual que está llamado a cumplir el derecho contenido en el art. 25.1 CE se vería francamente distorsionada o rebajada si se admitiera la posibilidad de limitar dicha libertad más allá de lo estrictamente necesario para la consecución del fin pretendido de evitación de comportamientos socialmente nocivos”<sup>479</sup>.

Otros, como Queralt, dejan en el aire la pregunta de “si es dogmáticamente correcta la doctrina establecida desde la sentencia del Tribunal Constitucional 2/1981 FJ 4º,<sup>480</sup> o si, por el contrario, es preferible considerar el citado principio como más propio del artículo 15 de la Constitución, en la medida en que un exceso de pena constituye una pena inhumana”<sup>481</sup>.

En mi opinión, no creo que pueda fundamentarse el principio *non bis in idem* en el artículo 15 de la CE, sino que debe hacerse en los art. 9.3 y 25.1 CE, primero, porque como veremos más adelante, esa era la intención de los constituyentes y segundo, porque considero más conectado el principio que nos ocupa con el de legalidad (art. 9.3 CE y 25.1 CE), principio íntimamente ligado a los de seguridad, prohibición de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), y tipicidad (art. 25.1 CE)<sup>482</sup>, puesto que todos ellos están representados e intrínsecamente contenidos en el principio objeto de estudio ya que, como –con acierto– ha reconocido el TC “si [un] mismo hecho, y por igual fundamento,

---

<sup>479</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, *El principio de legalidad penal*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2004) p. 76. Asimismo, *vid.* HUERTA TOCILDO, SUSANA, 'Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios', en JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS (ed) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al prof. Dr. José Cerezo Mir* (Tecnos, Madrid, 2002) p. 39. También entiende integrado el principio *non bis in idem* en el art. 25 CE SÁNCHEZ GASCÓN.: SÁNCHEZ GASCÓN, ALONSO, *Duplicidad de sanciones ("non bis in idem")*, (Ex libris, Madrid, 2004) p. 7.

<sup>480</sup> STC 2/81, de 30 de enero, (RTC 1981/2), FJ 4, que asienta el reconocimiento del principio *non bis in idem* en el art. 25 CE.

<sup>481</sup> QUERALT, JOAN J., *El principio non bis in idem*, (Tecnos, Madrid, 1992) p. 11.

<sup>482</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO, *Sobre el concepto de Derecho penal*, (UCM. Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones, Madrid, 1981) pp. 316 y ss.

*pudiese ser objeto de una nueva sanción (...) comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita*”<sup>483</sup>. Además, el principio *non bis in idem* ostenta tal alta trascendencia en nuestro modelo jurídico que, como señala Muñoz Clares, debería poseer un rango de importancia similar al de legalidad, mostrando que igual que éste aparece dos veces en el texto constitucional (arts. 9.3 y 25.1 CE), también lo hace el principio *non bis in idem*: “una vez como informador de todo el sistema jurídico (art. 9.3 CE) y otra como directamente limitador de la legalidad penal (art. 25 CE)”<sup>484</sup>. Por otra parte, si consideramos su incardinación en el principio de legalidad y que éste, además de en el art. 9 también está reconocido en el art. 25.1 CE, ésta última conexión nos permite su defensa por vía de amparo constitucional conforme al art. 161.1.b) CE<sup>485</sup>.

### 3.1.2. El principio *non bis in idem* en el Derecho comparado

Como hemos dicho antes, este principio está fuertemente arraigado, no sólo en nuestro Derecho, sino también en el Derecho comparado, tanto en el de nuestro entorno como aquellos otros que parecen no guardar tanta relación con él.

Veamos algunos ejemplos.

En **Alemania**, donde se utiliza indistintamente el término *ne bis in idem* y el de “prohibición del doble castigo/doble acusación”, este principio está reconocido en el art. 103 (3) de la Ley Fundamental de 1979 que dispone que “nadie será castigado varias veces por el mismo hecho basado en la ley penal general”. También está previsto el mismo derecho fundamental, aunque también limitado sólo al ámbito nacional, en el Art. 14 (7) ICCPR<sup>486</sup>.

---

<sup>483</sup> STC 177/1999, de 11 de octubre [RTC 1999/177], FJ 3

<sup>484</sup> MUÑOZ CLARES, JOSÉ, *Ne bis in idem y Derecho penal. Definición, patología y contrarios*, (Diego Marín, Murcia, 2006) p. 109.

<sup>485</sup> Vid. ARROYO ZAPATERO, LUIS, 'Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal', *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 8 (1983). p. 19

<sup>486</sup> SCHOMBURG, WOLFGANG, 'Germany, concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle “ne bis in idem”', *Révue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002). pp. 941 y ss

En **Bélgica**, el principio *nos bis in idem*, reconocido en su legislación nacional, está basado en una simple ley estatutaria y establecido en el art. 360 de su Código de procedimiento criminal, el cual establece que “el acusado que ha sido absuelto por un Tribunal de lo criminal no puede ser acusado de nuevo por los mismos hechos, independientemente de su calificación jurídica”<sup>487</sup>.

En **Francia**, el principio *non bis in idem* únicamente es abordado bajo el ángulo de la cosa juzgada, estando recogido en el art. 6 de su Código de Procedimiento Penal, que dispone que “la acción pública para la aplicación de la pena se extingue por (...) la cosa juzgada”. Sin embargo, aparece en términos más explícitos, aunque limitado su campo de aplicación sólo a las Audiencias Provinciales, en el art. 368 del mismo cuerpo legislativo que prevé que “ninguna persona absuelta legalmente puede volver a ser acusado por los mismos hechos, incluso bajo una calificación diferente”<sup>488</sup>.

En **Austria** este principio, también conocido como “doble daño (*double jeopardy*)” y “prohibición del doble castigo” no está expresamente recogido en su constitución, pero se ha asumido como derecho interno al ratificar el Protocolo nº 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos que lo reconoce en su art. 4.1, el cual se asimila en rango a la propia Constitución. Además se considera implícitamente citado en la sección 352 seq. de su Código de Procedimiento, aunque limitado a la jurisdicción nacional<sup>489</sup>.

En **Italia**, este principio nunca ha tenido una consagración constitucional, pero, al igual que veíamos en el caso austriaco, se entiende acogido por la ratificación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Europea de Derechos Humanos. Su Código de Procedimiento de 1930 contemplaba esta prohibición desde el ámbito procesal, mientras que el Código de 1988 (todavía vigente), define su reglamentación en

---

<sup>487</sup> VAN DER BEKEN, T., 'Belgium, concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle "ne bis in idem"', *Révue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002). pp. 811 y ss.

<sup>488</sup> DESESSARD, LAURENT, 'France, les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem', *Révue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002). pp. 913 y ss.

<sup>489</sup> GARTNER, IRENE, 'Austria, concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle "ne bis in idem"', *Révue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002). pp. 787 y ss.

el contexto “de la eficacia ejecutiva de las decisiones y la certeza de las situaciones jurídicas”. En ambos códigos, en fin, se especifica que un individuo no podrá ser perseguido una segunda vez. Ahora bien, la aplicación de este principio sólo se contempla para su sistema interno, permitiéndose (art. 11.1 Código penal italiano) la doble acusación cuando el ciudadano que lo invoque haya sido juzgado previamente en otro país<sup>490</sup>.

En **Finlandia**, no es común la expresión *non bis in idem* sino que hablan de la prohibición de la *res iudicata* y, aunque se considera derecho consuetudinario no ha sido expresamente recogido por su legislación. Si bien, como ocurre en otros países, se entiende incorporado a su derecho nacional a través de la ratificación del PIDCP y del CEDH, adquiriendo desde ese momento categoría de ley parlamentaria<sup>491</sup>.

En **Grecia** tampoco está reconocido expresamente el principio en su Constitución, pero ha sido incorporado a su Derecho interno, como en otros Estados, al haber ratificado el CEDH, el PIDCP y ser parte del Tratado Schengen que incluye la regla del *non bis in idem* en su art. 54. También se encuentra recogida en el art. 57 de su Código de Procedimiento Criminal que prohíbe que una misma persona sea juzgada dos veces por el mismo hecho<sup>492</sup>.

En **Hungría**, el principio *non bis in idem* apareció en sus sistema legal en el Proyecto de Ley de Procedimiento Criminal y desde entonces ha sido adoptado en los siguientes códigos, recogándose actualmente en el art. 6 (3) de su Código de Procedimiento Criminal. Como singularidad del caso húngaro destaca el apartado (5) del mencionado art. 6 CPC que establece que nadie, cuya responsabilidad haya sido establecida por un Tribunal por causa de una infracción administrativa, podrá ser de nuevo juzgado por los mismos hechos en un procedimiento penal sin que antes su caso sea re-examinado conforme al Estatuto de Infracciones Administrativas. Y, al igual que

---

<sup>490</sup> PISANI, MARIO, ' Italie, le principe ne bis in idem au niveau international et laprocédure pénale italienne ', *Révue internationat de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002). pp. 1017 y ss.

<sup>491</sup> LAHTI, RAIMO, 'Finland, concurrent nationaland international criminal jurisdiction and the principle of ne bis in idem', *Révue internationat de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002). pp. 901 y ss.

<sup>492</sup> ANAGNOSTOPOULOS, ILIAS, 'Greece, ne bis in idem', *Revue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002). pp. 965 y ss.

en otras naciones, aunque su Constitución no lo reconoce expresamente, se entiende incorporado al Derecho interno a través de la ratificación de la CEDH y del PIDCP<sup>493</sup>.

En **Holanda**, está recogido en el art. 68.1 Cp, según el cual “excepto en los casos en los que el proceso es susceptible de revisión, nadie puede ser juzgado nuevamente por un delito respecto del cual un Tribunal haya dictado sentencia definitiva sobre la esencia de los cargos contra él”. Este principio se aplica sólo a las decisiones judiciales y no impiden el enjuiciamiento en aquellas situaciones en que el acusado fue previamente sujeto de sanciones administrativas, a menos que esté específicamente prohibido. En consecuencia sólo es aplicable a las decisiones de los Tribunales de lo Penal. También, desde un punto de vista procesal, se reconoce en el art. 255 del CPC<sup>494</sup>.

En **Polonia**, el *non bis in idem* aunque no está formulado literalmente en la ley es universalmente reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia y reconocido legalmente en el art. 17§1.7 del CPC como causa excluyente para iniciar un proceso en el caso de un procedimiento penal relativo al mismo hecho de la misma persona que ya ha sido definitivamente concluido. Este principio únicamente está consagrado por vía legal y no constitucional, pero se reconduce, para justificar su valor constitucional, al art. 2 de la Constitución polaca que consagra la República polaca como un Estado democrático de Derecho y a los principios de legalidad y seguridad jurídica que ello conlleva<sup>495</sup>.

En **Argelia** y **Guinea**, el principio ha sido importado del Derecho francés, guardando sus mismas condiciones y modalidades de aplicación y siendo la mayoría de las soluciones elaboradas por la jurisprudencia francesa válidas en ambos derechos. En concreto, en Argelia el principio *non bis in idem* está recogido en el art 311/2 del Código de Procedimiento Penal según el cual “ninguna persona absuelta legalmente

---

<sup>493</sup> GELLER, BALAZS, 'Hungarian national report on the principle of ne bis in idem', *Revue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002). 989 y ss.

<sup>494</sup> KLIP, ANDRE & VAN DER WILT, HARMEN, 'The netherlands non bis in idem', *Revue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002). pp. 1091 y ss.

<sup>495</sup> KUBICKI, LESZEK, 'Pologne, les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem', *Revue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002). pp. 1037 y ss.

puede ser acusada de nuevo por causa de los mismos hechos, incluso bajo otra calificación” y en Guinea en el art. 2 del CPP que establece que “la acción pública para la aplicación de la pena se extingue por (...) la cosa juzgada” y en el art. 359 del mismo texto legislativo que traslada el mismo precepto del art. 368 del CPP francés<sup>496</sup>.

En **Turquía**, aún no existiendo en Derecho turco un término en la ley que designe explícitamente el principio objeto de estudio, es aplicado y admitido unánimemente por la doctrina como norma de derecho vigente fundamentado en el principio de seguridad jurídica. Además, el art. 253 al.3 del CPPT (Código de procedimiento criminal) dispone “la prohibición de la doble sanción”<sup>497</sup>.

En **Japón** el art. 39 de la Constitución japonesa establece que nadie será responsable criminalmente por un hecho que era lícito en el momento de su comisión, o del cual haya sido absuelto ni será situado en doble daño (“double jeopardy”), es decir, que no podrá ser juzgado dos veces por los mismos hechos. Este artículo se interpreta como expresión de la prohibición de doble sanción en la ley sustantiva y de doble enjuiciamiento en la ley procesal<sup>498</sup>.

En **Indonesia** su derecho es una réplica del derecho holandés, dado que fue colonia de ese país, y recoge el principio *non bis in idem* en su art. 76 Cp, que es una traducción del ya visto art. 68 Cp de Holanda y que, en resumen, viene a estipular que no se permite un segundo castigo para la misma infracción ni un segundo juicio para el mismo delito<sup>499</sup>.

---

<sup>496</sup> ZERGUINE, RANDAME, 'Algérie, les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem', *Revue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002). pp. 773 y ss. y ALIOUNE DRAME, MAMADOU 'Republique de guinée, les compétences concurrentes nationales et internationales et le principe « ne bis in idem', *Revue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002). pp. 981 y ss.

<sup>497</sup> YARSUVAT, DUYGUN, 'Duygun Yarsuvat', *Revue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (Turquie). pp. 1139 y ss.

<sup>498</sup> KAWAIDE, TOSHIHIRO, 'Japan, concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle “ne bis in idem”, *Revue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002). pp. 1031 y ss.

<sup>499</sup> SURACHMAN, RM, 'Indonesia, “ne bis in idem” or “double jeopardy” in indonesia', *Revue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002). pp. 1009 y ss.

### 3.1.3. Reconocimiento constitucional del principio “non bis in idem”

Como hemos podido ver en el epígrafe anterior, se ha producido un largo proceso en el desarrollo del principio, sin que durante mucho tiempo fuese positivizado. La Constitución Española tampoco lo recoge expresamente, dando lugar a toda una serie de interpretaciones.

Sí estaba reconocido expresamente en el Anteproyecto de nuestra Norma Fundamental, cuyo art. 9.3 disponía que “*se reconocen los principios de publicidad y jerarquía normativa, de legalidad, de irretroactividad de las normas punitivas, sancionadoras, fiscales y restrictivas de derechos individuales y sociales, de seguridad jurídica, de exclusión de la doble sanción por los mismos hechos y de responsabilidad de los poderes públicos*”. Y el art. 24.3, señalaba que “*nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según el ordenamiento jurídico vigente en aquel momento, tampoco puede ser impuesta una pena; o sanción más grave que la aplicable al tiempo de cometerse la infracción*”<sup>500</sup>. Sin embargo, en una modificación posterior, se eliminó de la redacción del citado art. 9.3 la frase “*exclusión de la doble sanción por los mismos hechos*”<sup>501</sup>. La intención era incorporarla al art. 24.3, pero no se hizo. Más adelante, se cambió la numeración y el art. 24.3 pasó al actual art. 25<sup>502</sup>,

---

<sup>500</sup> B.O.C. nº 44, de 5 de enero de 1978, pp. 671 y 673.  
[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC\\_044.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_044.PDF)

<sup>501</sup> B.O.C. nº 121, de 1 de julio de 1978, p. 2592.  
[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC\\_121.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/BOCG/BOC_121.PDF)

<sup>502</sup> Art. 25 CE: 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.



perdiéndose definitivamente la mención expresa a la prohibición de la doble sanción<sup>503</sup>. Ahora bien, como señalan Cobo del Rosal y Boix Reig, que “el art. 25.1 CE no contenga una descripción expresa del *non bis in idem*, no significa que no esté constitucionalizado”.<sup>504</sup>

De León Villalba critica esta “falta de plasmación constitucional expresa, que de haberse producido hubiera evitado muchos quebraderos de cabeza, y que deja a la interpretación como único vehículo idóneo, a través del cual se ha creado una verdadera doctrina (...) y al Tribunal Constitucional como su máximo artífice”<sup>505</sup>.

Efectivamente, coinciden todos los autores en que quien realmente ha dotado de contenido y ha recogido los requisitos necesarios para la aplicación de este principio ha sido el Tribunal Constitucional<sup>506</sup>. Así, ha dotado de cuerpo al principio en estudio, de

---

3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

<sup>503</sup> Esta falta de mención expresa es recogida por toda la doctrina, *Vid* por todos Morillas Cueva : “(...) el principio ahora en estudio no presenta una formulación constitucional diferenciada, aunque al igual que otros principios se deduce del contenido de otros derechos y libertades de los ciudadanos, al presentarse como imprescindible en el desarrollo de las pautas esenciales en el Estados democrático de Derecho”, MORILLAS CUEVAS, LORENZO, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley penal.*, (Dykinson, Madrid, 2004) p. 134.

<sup>504</sup> COBO DEL ROSAL, MANUEL & BOIX REIG, JAVIER, 'Garantías constitucionales del derecho sancionador', en *Comentarios a la legislación penal* (Revista de Derecho Privado, Tomo I, Madrid, 1982) p. 214. Y BOIX REIG, JAVIER, 'El principio de legalidad en la Constitución', *Cuadernos de la Facultad de Derecho, Universidad de Palma de Mallorca*, nº 4, Universidad de Palma de Mallorca (1983). p. 26

<sup>505</sup> DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, (Bosch, Barcelona, 1998) p. 293.

<sup>506</sup> También encontramos consagración de este principio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cfr. SSTEDH de 8 de noviembre de 2012 [JUR 2012\349420], caso Neziraj contra Alemania, de 18 de octubre de 2011 [TEDH 2011\89], caso Tomasovic contra Croacia, de 12 de julio de 2011 [JUR 2011\235977], caso Ire Hidir Durmaz contra Turquía, de 7 de julio de 2011 [TEDH 2011\61], caso Bayatyan contra Armenia, de 31 de mayo [JUR 2011\183686], caso Kurdov et Ivanov contra Bulgaria, de 17 de mayo de 2011 [JUR 2005\164565], caso Capitani y Campanella contra Italia, de 11 de mayo de 2010 [TEDH 2010\65], caso Antoine Versini contra Francia, de 14 de enero de 2010 [JUR 2010\7177], caso Tsonyo Tsonov contra Bulgaria, de 3 de diciembre de 2009 [TEDH 2009\138], caso Daoudi contra Francia y de 30 de junio de 2009 [TEDH 2009\70], caso Herri Batasuna y Batasuna contra España.

tal manera que en “su faceta material o sustantiva, el afianzamiento en la jurisprudencia de su virtualidad en la concurrencia de sanciones penales y administrativas es obra del Tribunal Constitucional, que apoyándose en el material proporcionado por la norma fundamental ha elaborado un verdadero *precepto subconstitucional*, (...), como regla que, aun no estando explícitamente incluida en aquella, posee su misma fuerza y eficacia, al ser una consecuencia del esquema de valores incorporado a ella<sup>507</sup>”.

El propio TC reconoce su no plasmación expresa en la Norma Fundamental en su Sentencia 2 de 30 de enero de 1981<sup>508</sup>, al advertir que “*si bien (el principio non bis in idem) no se encuentra recogido en los artículos 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 y art. 41 de la LOTC), no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del art. 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución*”<sup>509</sup>. Discreparon de esta aseveración Cobo del Rosal y Vives Antón, para quienes el principio *non bis in idem* debía vincularse al art. 24 CE<sup>510</sup> y no al art. 25<sup>511</sup>. También discrepa Del Castillo Mora, quien considera que este

---

<sup>507</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, (Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela y Madrid, 2003) p. 166.

<sup>508</sup> STC 2/81 de 30 de enero, [RTC 1981\2], FJ 4.

<sup>509</sup> Reconoce igualmente su carácter de “*derecho fundamental del ciudadano en nuestro derecho*”, en la STC 188/2005, de 7 de julio [RTC 2005\188], FJ 2a.

<sup>510</sup> **Art. 24 CE:** 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

<sup>511</sup> COBO DEL ROSAL, MANUEL & VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR, *Derecho Penal. Parte General.*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1987) p. 62. También encontramos algunas sentencias en las que el TC, refiriéndose a la vertiente procesal del *non bis in idem*, fundamenta constitucionalmente dicho principio

principio “ha recibido expresa consagración constitucional ex art. 9.1 CE”<sup>512</sup>.

En cualquier caso, aunque el TC parece acogerse mayoritariamente a la tesis de fundamentar el principio *non bis in idem* en el art. 25 CE (principios de legalidad y tipicidad), también podemos encontrar algunas resoluciones en las que acoge su base en el art. 9.3 (principio de seguridad jurídica) o incluso en el principio de proporcionalidad.

En el primero -y casi unánimemente aceptado- de los supuestos podemos citar como ejemplos, además de la ya mencionada STC 2/81 de 30 de enero, entre otras, las siguientes sentencias:

La STC 126/2011 de 18 de julio en su FJ 16 previene que “*el principio non bis in idem, que en su dimensión material (prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento) hemos considerado, desde la STC 2/1981, de 30 de enero, parte integrante del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE)*”<sup>513</sup>. La STC 159/85 de 27 de noviembre<sup>514</sup> expone que “*El principio «non bis in idem», al que el recurrente apela también para fundamentar su pretensión, no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa. Esta omisión textual no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque el principio en cuestión, como ha señalado este Tribunal desde su Sentencia 2/1981, de 30 de enero, FJ cuarto, está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25 de la norma fundamental*”. En el mismo sentido se expresa la STC 23/86 de 14 febrero en su FJ 2. La STC 23/86 de 14 de febrero<sup>515</sup> señala que “*se entronca la cuestión con el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 de la Constitución, a cuyo tenor ha de entenderse que no*

---

en el art. 24, entendiéndolo integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva. Vid. SSTC 29/2010, de 18 de octubre [RTC 2010\69], FJ 3 y 204/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996\204], FJ 3.

<sup>512</sup> DEL CASTILLO MORA, DANIEL, 'El principio non bis in idem en los ilícitos penales y administrativos en materia de medio ambiente y ordenación del territorio: su tratamiento por la doctrina científica y los tribunales', *Reflexiones: revista de obras públicas, transportes y ordenación territorial*, N. 5 (I/08) (2008). p. 3

<sup>513</sup> STC 126/2011, de 18 de julio [RTC 2011\126], FJ 16.

<sup>514</sup> STC 159/85 de 27 de noviembre (RTC 1985/159), Fundamento Jurídico 3.

<sup>515</sup> STC 23/86 de 14 de febrero, (RTC 1986/23), Fundamento Jurídico 1.

*caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y, en el caso, dada la identidad de tipos definidos en los arts. 2.º 8 y 344 mencionados, con el principio non bis in ídem, principio que aunque no aparezca constitucionalmente consagrado de manera expresa, nada impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento*". La STC 94/86 de 8 de julio<sup>516</sup> indubitadamente dictamina que *"El principio «non bis in ídem» no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, pero esta omisión no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque, (...), dicho principio está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25 de la C. E"*. La STC 21/87 de 19 de febrero<sup>517</sup> reconoce que *"el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 C. E., (...) y también (...) con el principio non bis in ídem, enlazado con los principios de legalidad y tipicidad"*. La STC 150/91<sup>518</sup> entiende que *"La última duda que plantean las cuestiones es la posible inconstitucionalidad del art. 10.15 C.P. por infringir el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 C.E., una de cuyas exigencias es la prohibición del bis in ídem"*. Y, más recientemente, la STC 2/2003 de 16 de enero<sup>519</sup> reitera *"que hemos reconocido que el principio «non bis in ídem» integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE)"*<sup>520</sup>.

También reconoce el Alto Tribunal que no siempre es posible invocar el respeto al principio *non bis in ídem* con base en el art. 25.1 CE: por ejemplo, en su sentencia de 21 de mayo de 1984<sup>521</sup> reconoce que *"con carácter previo, sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el Ministerio Fiscal sostiene en sus alegaciones que el problema constitucional que la demanda de amparo suscita ha de examinarse, más bien, desde la*

<sup>516</sup> STC 94/86 de 8 de julio, (RTC 1986/94), FJ 4.

<sup>517</sup> STC 21/87 de 19 de febrero (RTC 1987/21), FJ 1.

<sup>518</sup> STC 150/91 de 4 de julio (RTC1991/150), FJ 9.

<sup>519</sup> STC 2/2003 de 16 de enero (RTC 2003/2), FJ 3.

<sup>520</sup> En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 77/2010, de 19 de octubre [RTC 2010\77], FJ 4, ATC 246/2009, de 29 de septiembre [JUR 2009\434286], FJ 4, 236/2007, de 7 de noviembre [RTC 2007\236], FJ 14, 188/2005, de 4 de julio [RTC 2005/188], FJ 2a, 229/2003, de 18 de diciembre [RTC 2003\229], FJ 3, 154/90, de 15 de octubre [RTC 1990\154], FJ3, 107/89, de 8 de junio [RTC 1989\107], FJ 4, 94/1986, de 8 de julio [RTC 1986\94], FJ 1, 159/1985, de 27 de noviembre [RTC 1985\159], FJ 3 y 77/1983, de 3 de octubre [RTC 1983\77], FJ 4.

<sup>521</sup> STC 62/84 de 21 de mayo (RTC 1984/62), FJ 2.

*perspectiva del principio «non bis in ídem», en cuanto forma parte del contenido del principio de legalidad de las infracciones que concreta el artículo 25, número 1, de la CE. Apoya su criterio el Ministerio Fiscal en la doctrina afirmada por nuestra sentencia número 77/1983, de 3 de octubre («Boletín Oficial del Estado» de 7 de noviembre de 1983, suplemento número 266, páginas 2-3), según la cual aquel principio conduce, entre otras cosas, a la imposibilidad de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos por los mismos hechos, estos hechos existan para un órgano estatal y no existan para otro. Es oportuno, por tanto, recordar que en la sentencia invocada el problema planteado era el de la compatibilidad entre dos sanciones, una administrativa y otra penal, problema al que se reduce en dicho supuesto el ámbito de operatividad del artículo 25, número 1, de la CE, que «no puede extenderse a aquellas sanciones que, en virtud del ordenamiento vigente, puedan ser adoptadas por quien esté legitimado para ello». Así se precisó en la sentencia de este Tribunal, la número 69/1983, de 26 de julio («Boletín Oficial del Estado» de 18 de agosto de 1983, suplemento número 197, página 12, fundamento 4.º). En consecuencia, supuestos como el que aquí nos ocupa, no podrían ser resueltos, como no se ha mantenido en nuestras anteriores sentencias, con base en dicho mandato constitucional”.*

Podemos encontrar otras sentencias en las que el TC no menciona el art. 25.1 CE como soporte del principio *non bis in ídem*, sino de otros diferentes o lo menciona junto con otros. Como muestra, valgan la STC 158/85 de 26 de noviembre<sup>522</sup>, en la que lo asienta en el principio de seguridad jurídica reconocido en el art. 9.3 CE, al aclarar que “(...) a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9 núm. 3, de la C. E.”. O las SSTC 91/2009, de 20 de abril y 154/90 de 15 de octubre que aluden al principio de proporcionalidad. En la primera afirma nuestro Alto Tribunal que “(...) hemos recordado nuestra doctrina acerca del citado principio,

---

<sup>522</sup> STC 158/85 de 26 de noviembre (RTC 1985/158), Fundamento Jurídico 4. En la STC 107/1989, de 8 de junio [RTC 1989\107], FJ 4, asienta este principio con base tanto en el art. 25.1, como en el art. 9.3 CE.

*según la cual el mismo, en su vertiente material, impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones” y en la segunda: “El principio non bis in idem es aplicable también dentro de un mismo proceso o procedimiento, a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto o causa material y acción punitiva. Se impide sancionar doblemente por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social, o sea que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural, lo que también contradiría el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción. Esa adecuación lleva al legislador a calificar el delito en un determinado nivel de gravedad fijando unas sanciones proporcionales a tal calificación, dentro de los que habrán de actuar los criterios de graduación, pero aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como "autosuficiente" desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico al infligirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido”. La STC 48/2007, de 12 de marzo alude junto, al principio de legalidad del art. 25.1 CE, al de proporcionalidad: “Esta garantía material, vinculada a los principios de tipicidad y legalidad, tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto que un exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, creando una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializando la imposición de una sanción no prevista legalmente”<sup>523</sup>*

No sólo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hace referencia a los principios generales del Derecho en los que se fundamenta el *non bis in idem*, sino que

---

<sup>523</sup> SSTC 91/2009, de 20 de abril [RTC 2009\91], FJ 6b, 154/1990, de 15 de octubre [RTC 1990\154], FJ 3 y 48/2007, de 12 de marzo [RTC 2007\48], FJ 3. *Vid.* también SSTC, 334/2005, de 20 de diciembre [RTC 2005\334], FJ 2, 188/2005, de 4 de julio [RTC 2005\188], FJ 1, 180/2004, de 2 de noviembre [RTC 2004\180], FJ 4 y 2/2003, de 16 de enero [RTC 2003\2], FJ 3.

también reconoce las dos vertientes de las que hablábamos antes, material y procesal. Así lo recogen, por ejemplo, la SSTC 126/2011, de 18 de julio, según la cual *“el principio non bis in idem, que en su dimensión material (prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento) hemos considerado, desde la STC 2/1981, de 30 de enero, parte integrante del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE), posee también una dimensión procesal (prohibición de duplicidad de procesos sancionadores en esos casos) a la que este Tribunal, desde la STC 159/1987, de 26 de octubre, ha reconocido relevancia constitucional, en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la denominada cosa juzgada material”* y la 77/83 de 3 de octubre<sup>524</sup> que explica que *“El principio «non bis in idem» determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”*.<sup>525</sup>

*Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de justicia, que es la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe «a posteriori» el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado, pues en otro caso se produce un*

---

<sup>524</sup> SSTC 126/2011, de 18 de julio [RTC 2011\126], FJ 16, y 77/83 de 3 de octubre (RTC 1983/77), Fundamento Jurídico 4. También lo encontramos en las SSTS 188/2005, de 14 de julio [RTC 2005\188], FJ 2 y 229/2003, de 18 de diciembre [RTC 2003/229], FJ 3.

<sup>525</sup> Aunque este principio no se encuentre positivizado ni en la Constitución ni en el ordenamiento jurídico penal, sí lo está en el orden administrativo, pues el art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que *“No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”*.

*ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del artículo 25 de la Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto”.*

### **3.1.4. Requisitos del principio *non bis in idem*: Identidad de sujeto, hecho y fundamento<sup>526</sup>. Competencia jurisdiccional para la apreciación de la triple identidad.**

La STC 2/81 de 30 de enero fija los requisitos que deben darse para que pueda entrar en acción el principio *non bis in idem*. Señala la mencionada sentencia en su FJ 4º que *“el principio general del derecho conocido por «non bis in idem» supone (...) que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración. Y más recientemente en la 236/2007, de 7 de noviembre, que señala que “el principio non bis in idem (...) supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento”*<sup>527</sup>

Por tanto los requisitos son 3: Identidad de sujeto, identidad de hecho e identidad de Fundamento; requisitos que nuestro Alto Tribunal enumera, pero no explica, lo que

---

<sup>526</sup> Me limitaré en este epígrafe a hacer referencia al principio *non bis in idem* únicamente en su vertiente material o sustantiva, ya que mi objetivo es centrarme en el Derecho penal, aunque, obviamente, Derecho penal y Derecho procesal penal deban ir indisolublemente unidos.

<sup>527</sup> STC 236/2007, de 7 de noviembre [RTC 2007\236], FJ 14. Véanse también las SSTs 126/2011, de 18 de julio [RTC 2011\126], FJ 16, 77/2010, de 19 de octubre [RTC 2010\77], FJ 4, 188/2005, de 4 de julio [RTC 2005\188], FJ 2c y 229/2003, de 18 de diciembre [RTC 2003\229], FJ 3. Asimismo, estos requisitos están reconocidos en el art. 133 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a cuyo tenor *“no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”*.



ha dado lugar a una amplia doctrina sobre los mismos para tratar de aclararlos.

Veamos cada uno de estos requisitos:

#### **3.1.4.1. Identidad subjetiva**

Reconocen los autores que la verificación de este elemento a primera vista no presenta dificultad alguna. Así, por ejemplo, las declaraciones de Vázquez-Portomeñe, para quien “a primera vista, la determinación de la identidad subjetiva no parece suscitar problemas”<sup>528</sup>. Casi en idénticos términos se pronuncia Garberí Llobregat<sup>529</sup>, o Pardo López: “Encontrar o descartar una identidad en el sujeto para impedir, con ello, una posible vulneración del principio cuyo estudio nos ocupa venía siendo una cuestión relativamente sencilla, casi podría decirse que poco o nada problemática”<sup>530</sup>.

Explica De León Villalba que “desde el punto de vista material, la partes que intervienen en dicha relación son el sujeto activo o sujeto que realiza la conducta ilícita y el sujeto pasivo o titular del bien jurídico afectado por ella, que incluso en alguna ocasión, tanto penal como administrativamente, va a coincidir con la parte encargada de ejercitar la pretensión punitiva —el *ius puniendi*—, el Estado”<sup>531</sup>. Obviamente, no se

---

<sup>528</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, (Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela y Madrid, 2003) p. 176.

<sup>529</sup> “La determinación de la identidad subjetiva en primer término, no aparece en principio problemática”, GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, 'Principio "non bis in idem" y cuestiones de prejudicialidad', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997) p. 88.

<sup>530</sup> PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup> MAGNOLIA, et al., 'Derecho Constitucional III. Tema 10.', (2010). Visitado el 19/05/2012 en <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-constitucional-iii/material-de-clase-1/non-bis-in-idem.pdf>.

<sup>531</sup> DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, (Bosch, Barcelona, 1998) p. 458.

excluye la pluralidad de sanciones para los casos de participación múltiple<sup>532</sup>.

Por tanto, no parece, efectivamente, que -en principio- genere mucha dificultad entrever que en cualquier relación sancionadora una parte la compone el Estado (*ius puniendi*) y otra el inculpado. Y que la identidad subjetiva se determina cuando exista una total coincidencia entre una persona que ya haya sido sancionada por unos hechos y la que podría serlo de nuevo por esos mismos hechos<sup>533</sup> o, dicho con otras palabras, basta con comprobar las características físicas y de identidad del sujeto que lo hacen único e irrepetible frente a otros individuos. “El sujeto activo afectado ha de ser el mismo en todos y cada uno de los procedimientos, independientemente de cuál sea su naturaleza o de quiénes hayan sido las autoridades judiciales o administrativas que los hayan conocido”<sup>534, 535</sup>.

Lo explica el Tribunal Supremo en su sentencia 978/93 de 29 de abril al precisar que “*por persona inculpada ha de considerarse la persona física contra la que se dirigió la acusación en la primera causa y ya quedó definitivamente absuelta o condenada, que ha de coincidir con el imputado del segundo proceso*”<sup>536</sup>. Y, de igual modo, lo explica en la sentencia de 22 de junio de 1994, al precisar que “*para apreciar la cosa juzgada en el proceso penal, es preciso únicamente la identificación del sujeto pasivo del mismo y la identidad sustancial de los hechos que se le imputen. Puede*

---

<sup>532</sup> MAURANDI GUILLÉN, NICOLÁS, 'Infracciones administrativas en las materias de consumo y salud', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador* (CGPJ. Cuadernos de Derecho judicial nº 11, Madrid, 1997) p.215.

<sup>533</sup> DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, (Bosch, Barcelona, 1998) pp. 458-459.

<sup>534</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, (Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela y Madrid, 2003) p. 176.

<sup>535</sup> El TC también lo señala muy claramente en su STC 129/2002, de 3 de junio [RTC 2002\129], al manifestar en su FJ 4, que “*por lo que atañe a la supuesta vulneración de la prohibición constitucional del «bis in idem», bastará indicar, (...) que falta aquí la primera y más elemental de las tres identidades necesarias para que pueda estimarse una vulneración de aquel principio constitucional: la que se refiere al sujeto, que debe acompañarse de las identidades de hecho y fundamento, pues el Auto impugnado impone las multas a dos personas*”.

<sup>536</sup> STS 978/93 de 29 de abril (RJ 1993\3295). FD 1º.

*admitirse la existencia de la cosa juzgada, pese a las posibles discrepancias en la causa de pedir, pues si no, bastaría alterar la calificación jurídica de los hechos para ignorar la existencia del principio «non bis in idem»<sup>537</sup>.*

Únicamente, en el caso en que el sujeto se encuentre en una relación de especial sujeción con la Administración, puede excluirse la aplicación del *non bis in idem* y recaer una doble sanción, disciplinaria y penal, sobre el mismo ciudadano. Así lo reconoció el TC en la STC 2/1981, de 30 de enero, al manifestar que “*el principio general del derecho conocido por «non bis in idem» supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración*”<sup>538</sup>, y, más recientemente, en la STC 180/2004, de 2 de noviembre, FJ 6, “*La irreprochabilidad penal de quienes ejercen funciones policiales es un interés legítimo de la Administración, diferenciado de la dignidad predicable de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por lo que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no se infringe el principio ne bis in idem*”<sup>539</sup>.

Era, pues, una cuestión realmente sencilla, sencillez que en el orden penal se acrecentaba por la aplicación de la norma *societas delinquere non potest*, de forma tal que las sanciones penales sólo podían imponerse a personas físicas. Sin embargo, sí existía la posibilidad de imponer sanciones administrativas a personas jurídicas, complicándose la cuestión en estos supuestos, ya que era posible sancionar en vía penal

---

<sup>537</sup> STS 1313/94 de 24 de junio (RJ 1994\5371). FD 1º. A).

<sup>538</sup> STC 2/1981, de 30 de enero [1981\2], FJ 4. En el mismo sentido se pronuncia la STC 50/1983, de 14 de junio [RTC 1983\50], FJ 1: “*No se produce, pues, la sanción como consecuencia de una conducta que en cualquier ciudadano resultaría punible, sino como resultado de la conducta exigible de quienes, por estar facultados para el ejercicio de poderes públicos al obrar como autoridades o agentes de la autoridad, se encuentran en una relación de dependencia especial respecto de la Administración o vinculados con ella a través de relaciones que pertenecen a lo que una doctrina reciente denomina el círculo interior del Estado*”.

<sup>539</sup> STC 180/2004, de 2 de noviembre [RTC 2004\180], FJ 6. En el mismo sentido, SSTC 188/2005, de 7 de julio [RTC 2005\188], FJ 2c.

al sujeto y en vía administrativa a la empresa o entidad. Doctrina<sup>540</sup> y jurisprudencia así lo entendían siempre que la sanción penal recayera sobre el sujeto, como responsable a título personal, y la administrativa sobre la persona jurídica, como pone de manifiesto, por ejemplo, la STS de 24 de febrero de 1992, a cuyo tenor, *“aunque se produjeron dos procedimientos paralelos en averiguación del mismo hecho, no puede aceptarse, (...) ni mucho menos que se haya conculcado el principio «non bis in idem», y ello debido a que el documento antes reseñado lo único que nos muestra y pone de manifiesto es la sanción impuesta a la Empresa constructora por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social, al haber incumplido en su gestión unas concretas normas sobre seguridad en el trabajo, mientras que la sentencia recurrida se concreta a enjuiciar la posible acción imprudente del Ingeniero encargado de las obras, enjuiciamiento totalmente «individualizado» al centrarse en una persona física por su forma de actuar imprudente, y no en una persona jurídica por haber incumplido unas determinadas normas reglamentarias de carácter administrativo»*<sup>541</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional se desmarcó de esta opinión en su sentencia 177/1999, realizando una lectura de este tema que sorprendió a la doctrina<sup>542</sup>.

---

<sup>540</sup> DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, (Bosch, Barcelona, 1998) 465-466., CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU & GALLEGU SOLER, JOSÉ IGNACIO, 'Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del Derecho ambiental: ne bis in idem material y procesal (Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre)', *Actualidad penal*, nº 8 (febrero de 2000). pp. 159 y ss, REBOLLO PUIG, MANUEL, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, (INAP, Madrid, 1989) p. 831., ARROYO ZAPATERO, LUIS, 'El non bis in idem en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador* (CGPJ. Cuadernos de Derecho judicial nº 11, Madrid, 1997) p. 317., REBOLLO PUIG, MANUEL, et al., *Derecho Administrativo sancionador*, (Lex Nova, Valladolid, 2009) pp. 364-365., ALARCÓN SOTOMAYOR, LUCÍA, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, (Iustel, Madrid, 2008) p. 43.

<sup>541</sup> STS de 24 de febrero de 1992, (RJ 1992\1373), FD 1º.

<sup>542</sup> Efectivamente, esta sentencia generó un gran debate doctrinal no sólo por sus referencias a la identidad subjetiva sino, sobre todo, por el novedoso tratamiento en cuanto a la prevalencia entre las sanciones penales y las infracciones administrativas. *Vid.* TORRES FERNÁNDEZ, Mª ELENA, 'El principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional. Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre', *La Ley*, nº 4 (2000). pp. 1547 y ss., DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, 'Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la STC 177/1999, de 11 de octubre) sobre el principio non bis in idem', *Actualidad penal*, nº

Según los antecedentes, el recurso se basa en los siguientes hechos: La Junta de Aguas de la Generalidad de Cataluña sancionó a la empresa IRM L., S.A., de la que era consejero delegado el recurrente en amparo, con una multa pecuniaria y el requerimiento de que instalase una depuradora y llevase a cabo un plan de descontaminación gradual. La sanción no fue recurrida, por lo que devino firme y la multa fue abonada.

Días después, la Junta de Aguas de la Generalidad de Cataluña remitió oficio al Jefe de Sección de Policía Judicial de la Comandancia de la Guardia Civil, comunicándole la imposición de la multa y poniendo en su conocimiento los hechos

---

22 (2000). pp. 473 y ss., CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU & GALLEGU SOLER, JOSÉ IGNACIO, 'Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del Derecho ambiental: ne bis in idem material y procesal (Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre)', *Actualidad penal*, nº 8 (febrero de 2000). pp. 159 y ss., VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'Delitos contra el medio ambiente: consideraciones sobre la dependencia y el principio non bis in idem en la relación derecho penal-derecho administrativo', en MANUEL RAMÓN LLAMAS MADURGA & PEDRO BRUFAO CURIEL (eds) *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económico* (Mundi-prensa libros S.A., Madrid, 2003) pp. 184 y ss., PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2002) pp. 36 y ss., SUÁREZ LÓPEZ, JOSÉ MARÍA, 'La incidencia del principio "non bis idem" ante ilícitos en materia de tráfico y seguridad vial', en LORENZO MORILLAS CUEVAS (ed) *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: Aspectos penales, civiles y procesales* (Dykinson, Madrid, 2007) pp. 45 y ss., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 119., JIMÉNEZ MOSTAZO, ANTONIO & ALVARADO RODRÍGUEZ, PEDRO, 'Ne bis in idem, un principio constitucional de creación jurisprudencial (III). Formulación constitucional', *Anualidad de la Facultad de Derecho*, vol. XXIII (2005). pp. 352-354, MUÑOZ CLARES, JOSÉ, *Ne bis in idem y Derecho penal. Definición, patología y contrarios*, (Diego Marín, Murcia, 2006) pp. 160 y ss., BOIX REIG, JAVIER, 'La jurisprudencia constitucional sobre el principio non bis in idem', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson/Civitas, Madrid, 2005) pp. 133 y ss., SOTO NIETO, FRANCISCO, 'Infracciones administrativa y penal relativas a un mismo hecho', *La ley*, nº 1 (2004). pp. 1790 y ss., GÓRRIZ ROYO, ELENA, 'Sentido y alcance del ne bis in idem respecto a la preferencia de la jurisdicción penal en la jurisprudencia constitucional (en especial la STC 2/2003, de 16 de enero)', *Estudios penales y criminológicos*, nº 24 (2002-2003). pp. 206 y ss., NAVARRO CARDOSO, FERNANDO, 'El principio ne bis in idem a la luz de la STC 177/1999, de 11 de octubre', en ADÁN NIETO MARTÍN (ed) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. Vol. I* (Ediciones Universidad de Salamanca y Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001) pp. 1217 y ss., BENLLOCH PETIT, GUILLERMO, 'El principio non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario', *Revista del Poder Judicial. CGPJ*, nº 51 (1998). pp. 303 y ss.

constatados, por si podían ser constitutivos del tipo penal previsto en el art. 347 bis del anterior Cp. La Guardia Civil realizó diligencias policiales para la comprobación de los hechos que remitió al Fiscal Jefe del TSJ de Cataluña, interponiendo la Fiscalía querella contra directivos de la empresa IRM L, S.A., entre quienes se encontraba el recurrente, por delito contra el medio ambiente.

*“En el acto del juicio oral (...) la representación del hoy recurrente planteó, como cuestión previa a resolver en la audiencia preliminar, la vulneración del principio «ne bis in idem», por haber sido sancionado previamente en la vía administrativa por los mismos hechos, pretensión que fue rechazada por el Juez, quien ordenó la continuación del juicio. (...) el Juzgado condenó al hoy recurrente, en su condición de consejero delegado y director de la empresa «IRM L, S.A.», como autor de un delito contra la salud pública y el medio ambiente del art. 347 bis del Código Penal, Texto Refundido de 1973.*

*En el Fundamento de Derecho primero, el Juzgado rechazó la queja formulada por la defensa del recurrente, relativa a la infracción del principio de legalidad, en su vertiente de prohibición del «ne bis in idem», con base en la preferencia de la actuación jurisdiccional respecto de la administrativa, pues, aun reconociendo que existía dualidad de procedimientos sancionadores, gubernativo y penal, por los mismos hechos, la no paralización por la Administración del expediente sancionador y la imposición de la sanción administrativa no podía significar la destipificación penal de los hechos, dada la preferencia de la vía jurisdiccional. No obstante, a fin de evitar la doble sanción por los mismos hechos, el Juzgado imputó al pago de la multa penal la cantidad antes satisfecha en la vía administrativa.*

*Contra dicha sentencia interpuso el condenado recurso (...), la Audiencia rechazó el recurso y confirmó íntegramente la sentencia recurrida”.*

Con estos antecedentes, el TC entendió que efectivamente había existido una vulneración del principio *non bis in idem*. En el FJ primero sostiene que “*el presente recurso de amparo imputa la violación del derecho fundamental a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 CE), en su vertiente de derecho a no ser sancionado doblemente por unos mismos hechos («ne bis in idem»)*”, concluyendo, en su FJ sexto,

que “lo antes expuesto conduce al otorgamiento del amparo solicitado por el Sr. L.P., por vulneración de su derecho fundamental a la legalidad penal y sancionadora «ex» art. 25.1 CE, en su vertiente de interdicción del «bis in idem», procediendo, para la reparación del derecho menoscabado por las sentencias de la jurisdicción penal, la anulación de éstas, en cuanto debieron contener un pronunciamiento absolutorio del inculpado”.

Hay que hacer constar que esta sentencia cuenta con un voto particular en contra emitido conjuntamente por dos de los Magistrados, en contra de esta decisión, que opinan como lo hacía la mayoría de la doctrina: “Con el debido respeto a la opinión mayoritaria expresada en la sentencia, y aun, coincidiendo con aquélla en la concepción general de la vertiente material de la interdicción de «bis in idem», no alcanzamos a compartir, sin embargo, su aplicación a un supuesto como el presente, ni su concepción de la vertiente procedimental del citado principio constitucional, ni, en consecuencia, su fallo. Consideramos que el amparo debió denegarse (...).

(...) Ni esa identidad resulta afirmada, ni se deduce del FJ 1º de la Sentencia del Juzgado de lo Penal de 1 de marzo de 1991, confirmada por la Audiencia en apelación, cuando declara que los hechos por los que fue incoado el expediente administrativo fueron los mismos que dieron lugar a la imposición de la pena y que el mismo fue el sujeto activo (y ello con independencia de que la multa administrativa fue impuesta a la sociedad mercantil «IRM L.,S.A.» (...) y la condena penal, en cambio, al Sr. L.P. en su calidad de directivo que ejercía el control efectivo técnico y económico de la citada empresa)”<sup>543</sup>.

Más recientemente, el TC volvió a su anterior doctrina entendiendo que podía recaer una doble sanción, penal como responsable a título personal, y administrativa como representante de la persona jurídica. Hoy día, todo este planteamiento ha cambiado desde la reforma del Código penal operada por la L.O. 5/2010 de 22 de junio que acoge “de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas

---

<sup>543</sup> STC 177/99 de 11 de octubre (RTC 1999/177).

jurídicas”<sup>544</sup>, asumiendo así el nuevo sentir que, durante muchos años, había sido debatido en el seno de la Unión Europea, especialmente en el campo de los delitos medioambientales. Queda todo ello perfectamente plasmado en la STC 70/2012, en cuyo Fundamento Jurídico 3 se explica lo siguiente: *“En el presente caso, la circunstancia de que el proceso penal se encuentre todavía en fase de instrucción, sin haber recaído resolución judicial que delimite los eventuales hechos imputados y su calificación penal, dificulta el examen de una posible coincidencia de identidades objetiva y de fundamento entre las actuaciones jurisdiccional y administrativa. Pero no así la comparación de su ámbito subjetivo puesto que resulta obvio que en el presente caso la sanción administrativa recayó sobre una persona jurídica –la sociedad mercantil Acqua Medicina y Cirugía Estética, SL– mientras que el proceso penal se ha dirigido necesariamente contra personas físicas. En efecto, así como en el ámbito administrativo el art. 130.1 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común prevé la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas por la comisión de hechos constitutivos de infracción administrativa, reconociéndoles, pues, capacidad infractora (en el mismo sentido, STC 246/1991, de 19 de noviembre, F. 2), por el contrario, en el ámbito penal, hasta la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha regido en nuestro ordenamiento el principio societas delinquere non potest.*

*Por tanto, descartado que en el presente caso, dada la fecha en que acaecieron los hechos, la persona jurídica ya sancionada administrativamente pueda llegar a serlo también en el curso del proceso penal, debemos también descartar que exista identidad real entre la mencionada persona jurídica y las personas físicas contra las que se dirige el proceso penal”.*

Ya antes de la reforma de 2010 hubo un intento frustrado de positivizar esta nueva ola de pensamiento acerca del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en 2007 (BOCG 15/1/2007) y finalmente cristalizó con la supresión

---

<sup>544</sup> L.O. 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica el Código penal. B.O.E. Nº 152, pág. 54811 y ss., capítulo VII del preámbulo.



del apartado 2º del art. 31 y la introducción del art. 31 bis Cp<sup>545</sup>. El capítulo VII del

---

<sup>545</sup> Art. 31 bis Cp: 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a. Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b. Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c. Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d. Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Preámbulo de la L.O. 5/2010 “deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física”. (...) “Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea”. Y, en cuanto al “catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas (...) se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo art. 66bis”. Con la introducción de este artículo el Estado español da cumplimiento a lo previsto en la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre<sup>546</sup>, relativa a la protección del medio ambiente, cuyos artículos 6 y 7<sup>547</sup> establecen, respectivamente, la responsabilidad de y las sanciones a las personas jurídicas. Además, en su art. 2. d), define lo que debe entenderse por persona jurídica, a saber, “*toda persona jurídica conforme al Derecho*

---

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

<sup>546</sup> D.O.U.E. L 328 de 6/12/2008. Pág web:

<http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0028:0037:ES:PDF>

<sup>547</sup> **Art. 6. Responsabilidad de las personas jurídicas.** 1. Los Estados miembros se asegurarán de que las personas jurídicas pueden ser consideradas responsables por los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4 cuando tales delitos hayan sido cometidos en su beneficio por cualquier persona, a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, que tenga una posición directiva en la persona jurídica, basada en: a) un poder de representación de la persona jurídica; b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, o c) una autoridad para ejercer control dentro de la persona jurídica.

2. Los Estados miembros se asegurarán también de que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando la ausencia de supervisión o control por parte de una persona a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que una persona bajo su autoridad cometa, en beneficio de la persona jurídica, alguno de los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4.

3. La responsabilidad de las personas jurídicas de conformidad con los apartados 1 y 2 no excluirá la adopción de medidas penales contra las personas físicas que sean autoras, incitadoras o cómplices de los delitos a los que se hace referencia en los artículos 3 y 4.

**Artículo 7. Sanciones a las personas jurídicas.** Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas consideradas responsables en virtud del artículo 6 sean castigadas con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

*interno aplicable, a excepción de los Estados u organismos públicos que actúen en el ejercicio de la potestad del Estado y de las organizaciones internacionales públicas”.*

No obstante, ya en 1991, el Tribunal Constitucional reconoció en su sentencia 246/1991, lo siguiente: *“Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos”*<sup>548</sup>. En ello algún autor ha querido ver “el primer paso (inconsciente) para eliminar las dificultades dogmáticas invocadas tradicionalmente en orden a negar la atribución de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas”<sup>549</sup>.

Por tanto, desde la reforma operada por la L.O. 5/2010, se vuelve a simplificar sobremanera la cuestión de la identidad subjetiva del *non bis in idem*, ya que ahora no tiene razón de ser la dicotomía entre la sanción penal sólo a la persona física y la posibilidad de sanción administrativa como persona jurídica.

### **3.1.4.2. Identidad fáctica**

Así como la identidad de sujeto no comportaba ninguna complicación, no ocurre lo mismo con la identidad de hecho. Aunque Garberí Llobregat manifiesta que “la

---

<sup>548</sup> STC 246/1991 de 19 de diciembre (RTC 1991/246). Fundamento Jurídico 2.

<sup>549</sup> PARDO LÓPEZ, MAGNOLIA, 'Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico: Especial consideración de los aspectos problemáticos del principio "non bis in idem" en la jurisprudencia constitucional', en JAIME MIGUEL PERIS RIERA & PABLO CUESTA PASTOR (eds) *La tutela penal del agua* (Dykinson, Madrid, 2011) p. 138.

apreciación de la identidad fáctica tampoco ha de revestir mayor dificultad”<sup>550</sup>, es lo cierto que la delimitación del concepto de “hecho” a los efectos que nos ocupan es complicada<sup>551</sup>. Es especialmente aquí “donde su original configuración procesal ha marcado profundamente el significado del acaecer fáctico en el ámbito material, hasta el punto de confundirlo en ocasiones (...). Y éste precisamente, constituye el núcleo esencial en la problemática del mismo, la falta de una conceptualización en el ámbito material independiente de la procesal, en tanto que cada una de ellas se nutre de una estructura y finalidad distinta”<sup>552</sup>. Este punto ha originado una abundantísima doctrina<sup>553</sup> para tratar de identificar y separar los elementos que deben llevarnos a

---

<sup>550</sup> Para este autor no supondrá “mayor dificultad si se tiene en cuenta que los elementos decisivos a estos fines lo son los “*hechos constitutivos de la infracción*”, es decir, únicamente aquellos contemplados en el tipo penal administrativos cuya comisión sea sancionable, y no los restantes hechos que puedan rodear la perpetración concreta del ilícito, que carecen de importancia”. GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, 'Principio "non bis in idem" y cuestiones de prejudicialidad', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997) p. 89.

<sup>551</sup> “No puede dejar de indicarse que bajo la aparente simplicidad en la determinación de esta identidad puede ocultarse una muy compleja tarea” -VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, (Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela y Madrid, 2003) p. 185, nota 59. En el mismo sentido, Pardo López entiende que aunque “no resulta frecuente encontrar dificultades a la hora de determinar la existencia o inexistencia de identidad en los hechos sancionables, (...) es cierto que éstas no debieran ser descartadas”. PARDO LÓPEZ, MAGNOLIA, 'Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico: Especial consideración de los aspectos problemáticos del principio "non bis in idem" en la jurisprudencia constitucional', en JAIME MIGUEL PERIS RIERA & PABLO CUESTA PASTOR (eds) *La tutela penal del agua* (Dykinson, Madrid, 2011) p. 138.

<sup>552</sup> DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, (Bosch, Barcelona, 1998) p. 482.

<sup>553</sup> PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2002) pp. 89-91 y 96 y ss., DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, (Bosch, Barcelona, 1998) p. 482., CEDEÑO HERNÁN, MARINA & AGUILERA MORALES, MARIEN, 'El non bis in idem en la Unión Europea y su interpretación por el Tribunal de Justicia', en ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, et al. (eds) *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Colex, Madrid, 2008) pp. 203 y ss. (o Rivista Archivio penale, nº 2 de 2011, pág. 7 y ss., pág. Web, visitada el 01/03/2014: [http://www.archiviopenale.it/joomla/images/stories/rivista/numero2011\\_002/aguilera\\_non\\_bis\\_in\\_idem.pdf](http://www.archiviopenale.it/joomla/images/stories/rivista/numero2011_002/aguilera_non_bis_in_idem.pdf) ). VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, (Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela,

confrontar si estamos ante un mismo hecho en el ámbito material sin mezclarlo con el procesal. Sin embargo, Pardo López opina que “es conveniente advertir, no obstante, el riesgo que puede llegar a representar un exceso de preciosismo jurídico empeñado en distinguir o “disecionar” los hechos más de lo necesario, en olvido o detrimento de postulados y principios sólidamente asentados en nuestro Derecho penal”<sup>554</sup>.

Debemos recurrir nuevamente a la doctrina del TC para encontrar la explicación de lo que debe entenderse por hecho desde una perspectiva material a los efectos de la aplicación del *non bis in idem*, y nos encontramos con una doble postura, según haya abordado esta cuestión de una óptica histórica o normativa<sup>555</sup>.

Las sentencias en las que defiende una óptica histórica lo hacen argumentando que los mismos hechos no pueden ser y no ser u ocurrir y no ocurrir: “*En la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica, relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o, por decirlo en los términos del fundamento sexto de nuestra sentencia de 3 de octubre de 1983, «es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado», pues a ello se oponen no sólo principios elementales de la lógica jurídica y extrajurídica, sino el principio de seguridad jurídica constitucionalizado en*

---

Santiago de Compostela y Madrid, 2003) pp. 183 y ss., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 113, nota 308., GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, 'Principio "non bis in idem" y cuestiones de prejudicialidad', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997) p. 89., MAURANDI GUILLÉN, NICOLÁS, 'Infracciones administrativas en las materias de consumo y salud', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador* (CGPJ. Cuadernos de Derecho judicial nº 11, Madrid, 1997) p. 216., CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU & GALLEGU SOLER, JOSÉ IGNACIO, 'Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del Derecho ambiental: ne bis in idem material y procesal (Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre) ', *Actualidad penal*, nº 8 (febrero de 2000). p. 165.

<sup>554</sup> PARDO LÓPEZ, MAGNOLIA, 'Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico: Especial consideración de los aspectos problemáticos del principio "non bis in idem" en la jurisprudencia constitucional', en JAIME MIGUEL PERIS RIERA & PABLO CUESTA PASTOR (eds) *La tutela penal del agua* (Dykinson, Madrid, 2011) p. 138.

<sup>555</sup> RAMÍREZ TORRADO, MARÍA LOURDES, *El principio non bis in idem en el ámbito ambiental administrativo sancionador*, (Tesis doctoral dirigida por el prof. Dr. Agustín de Asís Roig, Universidad Carlos III de Madrid, Dpto. Derecho Público del Estado, 2008) p. 287.

*el artículo 9.3.”<sup>556</sup>; “Semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibile reiteración en el ejercicio del «ius puniendi» del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado.”<sup>557</sup>; “De otro lado, el derecho de los ciudadanos a no ser sancionados sino en las condiciones establecidas por el art. 25.1 de la Constitución implica también que los mismos hechos enjuiciados por distintos órganos del Estado no puedan existir y dejar de existir al mismo tiempo, pues a ello se oponen no sólo elementales exigencias lógicas, sino también el principio general de seguridad jurídica que el art. 9.3 de la Constitución consagra”<sup>558</sup>.*

También el Tribunal Supremo ha expresado una opinión coincidente con este punto de vista histórico en numerosas sentencias en las que ha expuesto, por ejemplo, que *“sobre el particular debe destacarse que el elemento determinante debe serlo la identidad de hechos sancionados, y no tanto la del título de la infracción. En el caso actual, aunque la precedente sanción, que se toma como punto de referencia para la invocación del cuestionado principio de «non bis in ídem», se corresponda con una «conducta infractora sustancialmente idéntica», en términos de la sentencia apelada, esa identidad se refiere más a la naturaleza de la infracción que a la unidad del hecho infractor, que es lo que cuenta. Evidentemente un mismo hecho no puede ser objeto de una doble sanción; pero la cuestión está en determinar si se trata del mismo hecho, o sólo de un hecho de la misma naturaleza que el precedente. (...)Ha de concluirse por tanto en que la sanción impugnada en este proceso no infringía el principio «non bis in ídem», pues se refería a un hecho diferente del de la precedente sanción, aunque el título de la infracción (que no el hecho infractor) fuese idéntico”<sup>559</sup>.*

Sin embargo, una interpretación estrictamente histórica del requisito de identidad de hecho no sería suficiente en los supuestos en que un solo hecho estuviera

---

<sup>556</sup> STC 24/84 de 23 de febrero (RTC 1984/24), Fundamento Jurídico 3

<sup>557</sup> STC 159/85 de 27 de noviembre (RTC 1985/159), Fundamento Jurídico 3.

<sup>558</sup> STC 107/89 de 8 de junio (RTC 1989/107), Fundamento Jurídico 4.

<sup>559</sup> STS de 4 de enero de 1990 (RJ 1990\3059), Fundamento de Derecho 3.

compuesto por una pluralidad de acciones u omisiones que vulnerasen varias disposiciones normativas que, a su vez, amparan diversos intereses jurídicos<sup>560</sup>.

La interpretación de la identidad fáctica como requisito para la aplicación del principio *non bis in idem* desde una óptica normativa comporta que lo que realmente interesa al Derecho en esta cuestión son los hechos que tengan trascendencia a efectos normativos, esto es, aquellas acciones u omisiones referidos a un bien jurídico que ha sido vulnerado por la infracción<sup>561</sup>, o, en palabras de Vázquez-Portomeñe “el elemento esencial a tal fin serán los «hechos constitutivos de la infracción», es decir, exclusivamente los previstos en el tipo penal o administrativo cuya realización aparezca como susceptible de sanción. Esta identidad fáctica se fijará con arreglo a pautas de valoración jurídica, y no simplemente naturalística”<sup>562</sup>. Por tanto, para poder comprobar si estamos o no ante un idéntico supuesto habrá que saber exactamente cuál es la conducta exactamente tipificada. El problema se plantea cuando las descripciones típicas son muy imprecisas, casos en que será necesario acudir a una exégesis para poder concretarlas<sup>563</sup>.

En las primeras sentencias en las que el Tribunal Constitucional afrontaba el problema de la identidad fáctica en el *non bis in idem* se decantó por la interpretación normativa. Concretamente, en la primera sentencia en la que hace alusión a este principio señala que “*para la individualización de estos hechos es preciso tener en cuenta criterios de valoración jurídica*”<sup>564</sup>. Más adelante dictaminaría que “*la*

---

<sup>560</sup> RAMÍREZ TORRADO, MARÍA LOURDES, *El principio non bis in idem en el ámbito ambiental administrativo sancionador*, (Tesis doctoral dirigida por el prof. Dr. Agustín de Asís Roig, Universidad Carlos III de Madrid, Dpto. Derecho Público del Estado, 2008) p. 295.

<sup>561</sup> RAMÍREZ TORRADO, MARÍA LOURDES, *El principio non bis in idem en el ámbito ambiental administrativo sancionador*, (Tesis doctoral dirigida por el prof. Dr. Agustín de Asís Roig, Universidad Carlos III de Madrid, Dpto. Derecho Público del Estado, 2008) p. 292.

<sup>562</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, (Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela y Madrid, 2003) pp. 183-184.

<sup>563</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, (Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela y Madrid, 2003) p. 184.

<sup>564</sup> STC 2/81 de 30 de enero [RTC 1981/2], F 6

*diferencia entre ambas resoluciones reside en el terreno de la calificación jurídica de lo que constituye un mismo soporte fáctico, esto es, de unos hechos, que en el ámbito penal son valorados de manera diferente de la que resulta de su apreciación en el orden disciplinario”*<sup>565</sup>. Y más recientemente ha entendido que *“En relación con el primer punto de este planteamiento, ha de sentarse que el precepto cuestionado pretende castigar hechos realizados por un mismo sujeto ya sancionados previamente, o, en otros términos más directos, concurre en él el elemento relativo a la identidad de hechos exigido para la aplicación del principio non bis in idem. Y es que, en efecto, el tipo impugnado no sanciona una acción o unas acciones nuevas de un mismo infractor –realmente no se requiere un nuevo comportamiento ilícito de uno de los sujetos sometidos al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 2/1986–, sino que se persigue sancionar, siguiendo un procedimiento disciplinario específico, hechos anteriores que tienen la particularidad de haber sido castigados previamente por la Administración con la imposición de tres sanciones disciplinarias graves tras la conclusión de los correspondientes procedimientos sancionadores. En definitiva, el art. 27.3 j) de la referida Ley Orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad tipifica como infracción antiguos hechos que, todos ellos, ya han sido necesariamente sancionados previamente por constituir una infracción grave, lo que de manera indudable implica una doble sanción para los mismos hechos: una primera, como constitutivos de una falta grave; y otra, en tanto que incardinados en la falta muy grave tipificada por el precepto impugnado”*<sup>566</sup>.

Las reglas para identificar la existencia de uno o varios hechos, la ofrece el propio TC sugiriendo que un buen método a emplear para reconocer que existen varios hechos es que unos pueden existir sin otros, es decir, que la existencia de uno no lleve consigo necesariamente la de otro, al sentenciar que *“se trata de hechos distintos y no necesariamente conectados entre sí, como lo prueba que pudo cometerse cualquiera de ellos sin incurrir en el otro (...) No procedía, por tanto, la excepción de cosa juzgada en el procedimiento militar ni se produjo infracción del principio non bis in idem”*<sup>567</sup>.

---

<sup>565</sup> STC 98/1989 de 1 de junio [RTC 1989/98], FJ 10

<sup>566</sup> STC 188/2005, de 7 de julio [RTC 2005\188], FJ 2d.

<sup>567</sup> STC 66/86 de 23 de mayo [RTC 1986/66], FJ 2.



O bien, “comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por la Administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en las Sentencias, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado”<sup>568</sup>.

### **3.1.4.3. La identidad de fundamento (o identidad causal)**

Supone la exigencia de una misma ilicitud, “más allá de la mera relación de coincidencia fáctica que pudiera darse entre las infracciones previstas en los respectivos órdenes”<sup>569</sup>.

Éste es el requisito que mayores problemas de interpretación plantea<sup>570</sup>, llegándose a dudar, incluso, en un principio de a qué se refería realmente y quedando hoy día, con la evolución doctrinal y jurisprudencial, definitivamente acotado a la figura del bien jurídico<sup>571</sup>. Por tanto, la identidad de fundamento significa que para que una persona pueda ser sancionada o procesada dos veces, es requisito imprescindible que la segunda sanción o el segundo procedimiento recaigan sobre bienes jurídicos distintos. Es decir, que se decidirá fijándose en si los bienes jurídicos tutelados por las diversas normas sancionadoras son similares o no<sup>572</sup>.

---

<sup>568</sup> SSTC 48/2007, de 12 de marzo [RTC 2007\48], FJ 3c y 2/2003, de 16 de enero [RTC 2003\16], FJ5

<sup>569</sup> GARCÍA ALBERO, RAMÓN, *"Non Bis in Idem" Material y Concurso de Leyes Penales*, 1ª ed., (Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1995) p. 63.

<sup>570</sup> Dice Garberí Llobregat: “Mayor dificultad entraña, en cambio la determinación de la identidad causal o de fundamento (...)”. GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, 'Principio "non bis in idem" y cuestiones de prejudicialidad', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997) p. 90.

<sup>571</sup> “En este caso, y frente a la relativa indeterminación que nace de la doctrina del Tribunal sobre la identidad fáctica, el criterio del fundamento queda finalmente delimitado en la figura del bien jurídico”, DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, (Bosch, Barcelona, 1998) p. 489.

<sup>572</sup> Vid. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, (Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela y Madrid, 2003) pp. 178-182.

El primer obstáculo con el que nos encontramos al abordar este requisito es el de su denominación<sup>573</sup>, pues el Tribunal Constitucional no sólo no define lo que ha de entenderse por identidad de fundamento, sino que además, en lugar de utilizar siempre la misma expresión, se refiere a este requisito con diferentes apelativos como, por ejemplo, fundamento<sup>574</sup>, bien jurídico<sup>575</sup>, interés jurídico<sup>576</sup>, interés jurídicamente protegido<sup>577</sup>, misma perspectiva de defensa social<sup>578</sup> o fundamento jurídico<sup>579</sup>.

Otro problema que se plantea es el del concurso ideal, ya que en este caso no estamos ante un fundamento jurídico idéntico, es decir, se sanciona un mismo hecho dos veces, pero porque se hace desde perspectivas jurídicas diferentes, por lo que, *stricto sensu* no hay conculcación del *non bis in idem*.

Es en la STC 234/91 donde se explica lo que quiere decir exactamente el requisito de la identidad de fundamento y, aunque en un primer momento la equipara con la identidad normativa, después matiza esta afirmación señalando que la dualidad normativa no se puede identificar con la dualidad de fundamento y a lo que hay que estar es a comprobar si hay diversidad de interés jurídico protegido. Dice esta sentencia, exactamente, que “*en nuestro Derecho vigente no hay más fundamento posible de una sanción que la norma previa que tipifica la infracción y prevé la sanción o elenco de sanciones que de ella se siguen; la dualidad de fundamento se identifica en consecuencia con la dualidad normativa*.”

*Cosa bien distinta, y éste es probablemente el sentido que se pretende dar a la*

---

<sup>573</sup> RAMÍREZ TORRADO, MARÍA LOURDES, *El principio non bis in idem en el ámbito ambiental administrativo sancionador*, (Tesis doctoral dirigida por el prof. Dr. Agustín de Asís Roig, Universidad Carlos III de Madrid, Dpto. Derecho Público del Estado, 2008) p. 482.

<sup>574</sup> SSTC 77/2010, de 19 de octubre [RTC 2010\77], FJ 4, 188/2005, de 4 de julio [RTC 2005\188], FJ 2c, 229/2006, de 18 de diciembre [RTC 2003\229], FJ 3, 2/2003, de 16 de enero [RTC 2003\2], FJ 5.

<sup>575</sup> SSTC 91/2009, de 20 de abril [2009\91], FJ 6b, 48/2003, de 12 de marzo [RTC 2003\48], FJ 9.

<sup>576</sup> SSTS 180/2004, de 2 de noviembre [RTC 2004\180], FJ 6, 270/1994, de 17 de octubre [RTC 1994\270], FJ 7

<sup>577</sup> SSTC 236/2007, de 7 de noviembre [RTC 2007\236], FJ 14, 188/2005, de 4 de julio [RTC 2005\188], FJ 5.

<sup>578</sup> STC 159/1985, de 27 de noviembre de 1985 [RTC 1985\159], FJ 3

<sup>579</sup> SSTC 126/2011, de 18 de julio [RTC 2011\126], FJ 17a, 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 3

*afirmación que analizamos, es que no baste simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera el principio non bis in idem no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria) quisieran darle. Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado.”<sup>580</sup>*

Este requisito cobra especial importancia cuando entran en confluencia a la hora de castigar una misma acción tanto el Derecho administrativo sancionador como el Derecho penal. A ello se dedicará otro epígrafe más adelante.

#### ***3.1.4.4. Competencia jurisdiccional para la apreciación de la triple identidad***

En cuanto a **quién corresponde la declaración del cumplimiento de los tres requisitos de identidad** a la hora de apreciar si existe o no conculcación del *non bis in idem*, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 2/2003<sup>581</sup>, ha reconocido su competencia para revisar la declaración de identidad, en el caso de bienes jurídicos protegidos por delitos e infracciones administrativas, realizada por la jurisdicción ordinaria a diferencia de lo que venía sosteniendo hasta dicha resolución. En el FJ 5 de dicha sentencia el Tribunal Constitucional expone que “*En el enjuiciamiento de la primera cuestión no podemos eludir que este Tribunal en sus Sentencias 177/1999, de 11 de octubre (F. 2) y 152/2001, de 2 de julio (F. 2), ha sostenido que la declaración efectuada por los órganos judiciales penales relativa a la existencia de la triple identidad, de hechos, sujetos y fundamentos, no puede ser cuestionada por este*

---

<sup>580</sup> STC 234/91 de 10 de diciembre (RTC 1991/234), FJ 2. En la misma línea, véase la STC 188/2005, de 4 de julio [RTC 2005\188], FJ 5.

<sup>581</sup> STC 2/2003 de 16 de enero (RTC 2003/2), FJ 5.

*Tribunal y constituye el «obligado punto de partida» para el examen de la alegada vulneración del derecho que reconoce el art. 25.1 CE. Sin embargo, esta afirmación no puede compartirse, pues la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en «bis in idem», sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento. Ahora bien, la revisión de la declaración de identidad efectuada por los órganos judiciales o el análisis directo de su concurrencia, en caso de no haberse efectuado por los órganos sancionadores o judiciales a pesar de haberse invocado la vulneración del derecho fundamental, han de ser realizados por este Tribunal respetando los límites de esta jurisdicción constitucional de amparo. Por tanto, se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por la Administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en las Sentencias, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado, dado que, de conformidad con el art. 44.1.b LOTC ( RCL 1979, 2383), en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer «de los hechos que dieron lugar al proceso» en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable.»*

Esta doctrina ha sido confirmada por la STC 48/2007 que, en su FJ 3, sostiene que “en relación con nuestro canon de enjuiciamiento, hemos de recordar que a raíz de la STC 2/2003, de 16 de enero, F. 5, el Pleno de este Tribunal –apartándose de la doctrina anterior– ha afirmado su competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, o para analizarla directamente, caso de

*no haberse efectuado por los órganos sancionadores o judiciales pese a haberse invocado la vulneración del derecho fundamental, siempre dentro del respeto a los límites de nuestra jurisdicción. «Por tanto, se han de comparar los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por la Administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en las Sentencias, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado, dado que, de conformidad con el art. 44.1 b) LOTC, en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer "de los hechos que dieron lugar al proceso" en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable».*”<sup>582</sup>

Algunos autores se muestran claramente acordes<sup>583</sup> con esta nueva doctrina que marca el Alto Tribunal, mientras que otros<sup>584</sup> consideran que la valoración de la triple identidad corresponde a la Jurisdicción Ordinaria, siguiendo en este punto lo dispuesto en la anterior jurisprudencia constitucional y en el voto particular formulado por el Magistrado García Manzano en la mencionada STC 2/2003 quien afirmaba que “*el principio de interdicción del «bis in idem», en la proyección enunciada tiene, como la*

---

<sup>582</sup> STC 48/2007 de 12 de marzo (RTC 2007/48), FJ 3. En el mismo sentido se ha venido manifestando la jurisprudencia posterior, *cfr.* SSTC 70/2012, de 16 de abril [RTC 2012\70], FJ 3, 91/2008, de 21 de julio [RTC 2008\91], FJ 2, 236/2007, de 7 de noviembre [RTC 2007\236], FJ 14,

<sup>583</sup> *Vid.* ALONSO MAS, M<sup>a</sup> JOSÉ, *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2005) p. 76., PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2002) PP. 161 y ss. PARDO LÓPEZ, MAGNOLIA, 'Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico: Especial consideración de los aspectos problemáticos del principio "non bis in idem" en la jurisprudencia constitucional', en JAIME MIGUEL PERIS RIERA & PABLO CUESTA PASTOR (eds) *La tutela penal del agua* (Dykinson, Madrid, 2011) p. 156.

<sup>584</sup> *Vid.* MARINA JALVO, BELÉN, 'La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales: Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem', *Revista de Administración Pública*, 162 (septiembre-diciembre 2003). p. 180., JIMÉNEZ MOSTAZO, ANTONIO & ALVARADO RODRÍGUEZ, PEDRO, 'Ne bis in idem, un principio constitucional de creación jurisprudencial (III). Formulación constitucional', *Anualidad de la Facultad de Derecho*, vol. XXIII (2005). pp. 362-363.

*Sentencia reconoce, una premisa o presupuesto básico: que se produzca la denominada triple identidad de sujeto, hechos y fundamento. Es decir, que a una misma persona, por unos mismos o idénticos hechos y con base en infracción administrativa y tipo penal que participan del mismo fundamento, se le impongan las dos reacciones punitivas, la sanción administrativa y la pena. Y he de añadir, con la STC 177/1999, y ello con independencia del orden cronológico de la reacción punitiva, al que es ajeno el ciudadano afectado.*

*Pues bien, la Sentencia de la que discrepo, se aparta, explícitamente, de la tesis sustentada en las dos Sentencias rectificadas, en el sentido de que éstas habían mantenido que el juicio sobre las identidades incumbe a la jurisdicción penal y es tal sólo un dato o «punto de partida» desde el que ha de efectuarse nuestra función protectora del derecho fundamental. Por el contrario, en la Sentencia mayoritaria se mantiene que esta apreciación judicial puede ser cuestionada por este Tribunal en sede de amparo constitucional. Se arguye, en el F. 5, o más bien se reconoce que es «tarea atribuida a éstos [a los Jueces y Tribunales] tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable». Comparto esta aseveración, y al hilo de ella cabe preguntarse: ¿No es tarea de calificación jurídica la que, analizando el tipo penal, examina si la estructura de éste y el bien jurídico protegido por el precepto punitivo coinciden o no con los que inspiran la infracción administrativa, sobre todo, como es el caso, si ésta ha precedido en su determinación al enjuiciamiento penal? Así, pues, en mi modesto criterio, esta tarea comparativa o comprobación de las identidades es función que incumbe, por determinación del art. 117.3 CE, a los Jueces y Tribunales, en este caso, del orden jurisdiccional penal.»<sup>585</sup>*

Creo acertada la doctrina establecida en la STC 2/2003, puesto que en esta sentencia lo que se plantea es la necesidad de valoración de los requisitos de la triple identidad como presupuesto para la aplicación de un principio constitucional cual es la interdicción de un *bis in idem*, ya que si bien, como hemos visto antes, no está recogido explícitamente en nuestra Constitución sí lo está implícitamente y así lo quisieron los padres constituyentes. Así pues, si la Jurisdicción Ordinaria no se ha pronunciado a este

---

<sup>585</sup> STC 2/2003 de 16 de enero (RTC 2003/2), voto particular, apartado 3.

respecto o, si habiéndolo hecho, no se considera correcta su conclusión, deberá entrar a valorar la Jurisdicción Constitucional. Además el propio TC reconoce que para dicha valoración deberá partir de “la acotación de hechos realizada por la Administración en la resolución sancionadora y por el órgano judicial penal en las sentencias, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada por estos poderes del Estado”, por lo que se cumple lo dispuesto en el art. 117.3 CE<sup>586</sup>, ya que se deja a los “Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes” el conocimiento de los hechos y el Tribunal Constitucional únicamente entra a calificar y valorar si dichos hechos son acordes o no al Texto Fundamental, en cumplimiento de lo recogido en el art. 161.1b) CE<sup>587</sup>.

### **3.1.5.- El principio *non bis in idem* en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Especial consideración de dicha relación en el ámbito medioambiental.**

#### ***3.1.5.1. Diferenciación entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador***

Uno de los problemas que se suscitan al tratar de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador<sup>588</sup> es, precisamente, el problema de su diferenciación y, en concreto, la diferenciación entre sanciones penales y administrativas. Esta distinción puede estar basada en una diferencia cuantitativa -las penas son más graves que las sanciones administrativas- o cualitativa -la sanción penal

---

<sup>586</sup> Art. 117.3 CE: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”

<sup>587</sup> Art. 161.1.b) CE: “El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer (...) del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el art. 53.2 de esta Constitución”.

<sup>588</sup> Como bien señala Gómez Lanz, cada vez es mayor la proximidad entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. GÓMEZ LANZ, JAVIER, '¿En qué medida el Derecho penal es un instrumento jurídico de respuesta ante los desafíos del cambio climático?', *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 86, mayo-agosto (2012) p. 126

supone un especial juicio de desvalor ético<sup>589</sup>, mayor que el del ilícito administrativo que se agota con la mera desobediencia a una orden administrativa-<sup>590</sup>. A simple vista parece sencillo, por un lado, la sanción penal puede incluir penas privativas de libertad, cosa que la administrativa tiene vedada (art. 25.3 CE) y, por otro lado, las infracciones y sus correspondientes sanciones serán penales o administrativas según el orden al que pertenezca la ley que las contemple. Pero, en realidad, esta simpleza no es cierta, estamos ante un problema más complejo -máxime cuando la Constitución no lo especifica ni soluciona.

Efectivamente, y como bien expresa Zúñiga Rodríguez, “la evidente ampliación o «flexibilización» de las categorías, la ingente normativa de las Comunidades Autónomas, la Unión Europea y la Administración Central que sirven de norma de complemento a las penales, la penalización de infracciones que antes correspondían al ordenamiento sancionador, plantean necesariamente la cuestión de qué conductas debieran de *lege ferenda* permanecer en el ámbito sancionador administrativo y qué conductas en el ámbito penal”<sup>591</sup>.

El punto de partida del actual Derecho administrativo sancionador se encuentra en la STC 18/1981, de 8 de junio, que dispone que “*los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del*

---

<sup>589</sup> No es éste el parecer de Martín Lorenzo que argumenta que, aunque se sostenga que la sanción penal siempre tendrá un mayor efecto reputacional, en la realidad “no es cierto que la sanción o el proceso penal supongan siempre un mayor perjuicio para la reputación del sujeto: más que de la calificación deshecho como un ilícito penal o administrativo, algo que la inmensa mayor parte de los ciudadanos no alcanza a entender, ello dependerá de las valoraciones sociales y de la resonancia mediática de los casos”. MARTÍN LORENZO, MARÍA & ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO, 'Guía InDret Penal de la jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgos laborales', *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (05/05/2009) p. 55.

<sup>590</sup> Roxin, que defiende la diferenciación cuantitativa, recoge bien ambos tipos de distinción en ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1ª. 5ª reimpr., (Civitas, Madrid, 2008) p. 72. (Traducción realizada por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal).

<sup>591</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, 'Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador', en LUIS ARROYO ZAPATERO (ed) *Homenaje al Dr. Marino Santos In memoriam* (Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001) p. 1424.



*Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad)”*<sup>592</sup>.

En la misma sentencia y Fundamento Jurídico, el Tribunal Constitucional parece querer explicar las diferencias –cuantitativas y cualitativas, a las que antes aludíamos– entre ambos órdenes al recordar que el contenido de las sanciones administrativas tiene *“el límite que establece el propio artículo 25, en su número 3.º, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad”* (diferencia cuantitativa). Y que, a esta semejanza *“debe añadirse que junto a las diferencias apuntadas en la aplicación de los principios inspiradores existen otras de carácter formal en orden a la calificación (delito o falta, o infracción administrativa), la competencia, y el procedimiento (penal o administrativo con posterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa”* (diferencia cualitativa).

La frontera entre ambos Derechos (penal y administrativo sancionador) clara en los extremos, aparece difusa en las zonas intermedias y mas aún si tenemos en cuenta que, de acuerdo a la jurisprudencia, comparten una serie de principios.

Del tenor de la STC 18/1981, antes mencionada, Rebollo Puig resalta que, para el Tribunal Constitucional, la Constitución no es la única base para poder aplicar los principios penales al Derecho administrativo sancionador sino que refleja –en un aspecto concreto– (el principio de legalidad) una comunión más amplia que deriva de que tanto Derecho administrativo sancionador como Derecho penal son manifestaciones de un mismo ordenamiento punitivo del Estado<sup>593</sup>. Y esto es así porque el Tribunal Constitucional, en la mencionada sentencia (FJ 2º) extiende al Derecho administrativo sancionador el campo de aplicación de los principios del ordenamiento jurídico penal recogidos no sólo en el art. 25 CE, sino también en el art. 24, al disponer que *“los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración,*

---

<sup>592</sup> STC 18/1981, de 8 de junio [RTC1981/18], FJ 2º.

<sup>593</sup> REBOLLO PUIG, MANUEL, 'Derecho administrativo sancionador y Derecho penal', en MANUEL REBOLLO PUIG, et al. (eds) *Derecho administrativo sancionador* (Lex Nova, Valladolid, 2010) p.49.

*en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución”.*

Por otro lado, el Tribunal Supremo también reconoce esta comunión de principios entre ambos órdenes sancionadores al hablar de los principios informantes *“de todo el ordenamiento sancionador, bien sea de naturaleza penal o el que regula el ilícito administrativo”* (se refiere al *“principio de legalidad (...) principio que a su vez se complementa con los de tipicidad e imputabilidad”*)<sup>594</sup>.

Ahora bien, el propio TC subraya que existen diferencias y que no pueden hacerse traslaciones mecánicas ni atolondradas, sosteniendo *“la necesidad de tener en cuenta en esta ocasión, como en otras semejantes, que la recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho administrativo sancionador no puede hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del ordenamiento jurídico”*<sup>595</sup>. Y, no sólo él, también el TS lo reconoce al proclamar que *“la misma jurisprudencia, sin embargo, se ha encargado de matizar ciertas diferencias entre el orden punitivo ordinario y el administrativo, aludiendo a una atenuación del rigor del primero en el segundo y a una mayor flexibilidad de éste -S. de 25 marzo 1972-”*<sup>596</sup>.

Y no sólo –con las matizaciones antedichas- se reconoce una identidad de principios informantes, sino que además, como bien recuerda Rebollo Puig, la jurisprudencia ha dado definiciones de las infracciones administrativas que son casi reproducciones de las clásicas del delito con mínimas adaptaciones. Pone ello de manifiesto *“la aceptación jurisprudencial de una esencial identidad ontológica o de naturaleza entre delitos e infracciones administrativas”* y *“la esencial, aunque relativa y matizada, unidad de régimen jurídico, toda vez que esas definiciones clásicas de delito son, en realidad, trasunto de las principales garantías de la represión punitiva en el*

---

<sup>594</sup> STS de 10 de noviembre de 1980 (RJ 1980/4408).

<sup>595</sup> STC 76/1990, de 26 abril (RTC 1990/76), FJ 4.

<sup>596</sup> STS de 29 de septiembre de 1980 (RJ 1980/3464).

Estado de Derecho”<sup>597</sup>. Así la STS de 17 de abril de 1990 (RJ 3321), en su FD 1º, dispone que “*en Sentencia de 17 de octubre de 1989, entendió acertada la doctrina que considera que las contravenciones administrativas no pueden ser aplicadas con arreglo a la simple enunciación literal, ya que se integran en el supra concepto del ilícito, que exige un comportamiento humano, una antijuridicidad, la culpabilidad y el resultado potencial o actualmente dañoso*”. Y, más recientemente, en la STS 2003/2004, de 27 de enero de 2003 (RJ 2003/2004), FD 3º, afirma que “*ambos ilícitos exigen un comportamiento humano, positivo o negativo, una antijuridicidad, la culpabilidad, el resultado potencial o actualmente dañoso y la relación causal entre éste y la acción*”. Y en la STS de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000/7047), FD 4º, ratifica que “*para que una determinada acción u omisión pueda ser objeto de sanción es necesario que sea típica, antijurídica y culpable*”.

Nos encontramos pues con un *ius puniendi* general, que puede manifestarse bien como Derecho administrativo sancionador, bien como Derecho penal. Así lo reconoce en la STC 18/1981 (FJ 2º), antes citada, el Tribunal Constitucional: “*hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales*”. Dado lo cual, se hace necesario marcar unos criterios racionales que determinen qué infracciones caen dentro del campo administrativo sancionador y cuáles lo hacen dentro del campo de lo penal. Se trata de una decisión político-criminal que debe no sólo considerar cuál es el instrumento más idóneo para prevenir la conducta que se pretenda evitar, sino que también debe hacerlo respetando los principios generales de subsidiaridad y proporcionalidad<sup>598</sup>. Por ello, y de acuerdo con lo expuesto por Zúñiga Rodríguez<sup>599</sup>, considero que, puesto que la naturaleza de la sanción depende de la naturaleza del ilícito, la respuesta sobre el correctivo aplicable no deberá depender sólo de cuál se considere la consecuencia jurídica más idónea para afrontar determinado tipo de criminalidad, sino de la necesidad o no de la intervención penal para la protección de los bienes jurídicos a proteger, dado el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal.

---

<sup>597</sup> REBOLLO PUIG, MANUEL, 'Derecho administrativo sancionador y Derecho penal', en MANUEL REBOLLO PUIG, et al. (eds) *Derecho administrativo sancionador* (Lex Nova, Valladolid, 2010) p. 51.

<sup>598</sup> ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, 'Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador', en LUIS ARROYO ZAPATERO (ed) *Homenaje al Dr. Marino Santos In memoriam* (Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001) p. 1427.

<sup>599</sup> *Ibidem*, pp. 1427-1428.

En cualquier caso, se trata de un problema cuya solución queda en manos del legislador. Así lo reconocen el TC, al señalar que *“fuera de ciertos supuestos extremos, ninguna duda cabe acerca de la competencia del legislador para determinar cuál ha de ser la protección penal que deba dispensar a los bienes y derechos de los ciudadanos, máxime cuando en esa tarea ha de guiarse por el principio de mínima intervención, que, en cierto modo, convierte a la garantía penal en garantía última de los derechos”*<sup>600</sup> y el Tribunal Superior de Justicia de Castilla – La Mancha, al enjuiciar un caso de tenencia ilícita de droga para consumo propio reconoce que *“ha declarado el Tribunal Constitucional que el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal da lugar, con toda naturalidad, a que no cualquier comportamiento ilícito constituya para aquél una conducta típica, siendo perfectamente admisible, desde la perspectiva constitucional que aquí importa, que la ley configure como infracción administrativa una tenencia ilícita que no suponga, en sí misma, contravención de la Ley Penal y que si la tenencia ilícita de droga, estupefacientes o sustancias sicotrópicas destinados al propio consumo ha de ser o no objeto de represión penal o de sanción administrativa es algo, por lo demás, sobre lo que no da respuesta alguna la Constitución, que deja al legislador la identificación de los bienes que merezcan ser objeto de defensa por el derecho sancionador”*<sup>601</sup>.

### **3.1.5.2. Principio “non bis in idem” en las relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador**

Las relaciones entre los Derechos penal y administrativo han sido tensas desde el mismo origen del Estado moderno. La profesora Suay Hernández lo explica porque el

---

<sup>600</sup> STC 116/1999, de 17 de junio (RTC 1999/116), FJ 16º. En la que se pronunciaba sobre un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, alegando los recurrentes que *“la Ley es inconstitucional por tipificar como infracciones meramente administrativas «conductas que por atentar al bien jurídico vida humana protegido por el art. 15 de la Constitución, y a la dignidad del ser humano deben ser (...) delitos, es decir, infracciones catalogadas en el Código Penal con la máxima categoría del Derecho sancionador»”*.

<sup>601</sup> STSJ de Castilla – La Mancha, nº 934/1999, de 2 de noviembre de 1999 (RJCA 1999/4079), FD 3º.

principio de separación de poderes, por el que se debía reservar la acción restrictiva de derechos por parte del Estado al Derecho penal, ha sido siempre una utopía ya que el poder ejecutivo se resistió a perder su potestad sancionadora y el conflicto se resolvió con la duplicidad de regímenes sancionadores que han perdurado hasta hoy. Como bien explica Suay Hernández, el problema se reduce a un reparto de competencias: las competencias sancionadoras del poder ejecutivo aumentaron con el paso del Estado liberal al Estado social y, a consecuencia de esto, el Derecho penal del Estado social se ha ido ampliando para proteger bienes jurídicos supraindividuales e intereses sociales constitucionalmente reconocidos. Hoy día, la crisis del Estado social no ha supuesto una reducción del Derecho penal sino, al contrario, una nueva expansión, debido principalmente a dos factores: primero, las deficiencias del régimen administrativo sancionador recrudecido por la crisis del sector público y, segundo, la tremenda influencia y poder de los medios de comunicación que fuerzan a utilizar el Derecho penal a castigar comportamientos para tranquilizar la inquietud ciudadana<sup>602</sup>. Silva Sánchez, por su parte, considera que esta expansión del Derecho penal que estamos viviendo es debida a tres motivos: a la aparición de nuevos intereses, a la aparición de nuevas realidades que afectan a la calidad de vida humana y que precisan, por tanto, de protección y a la revalorización de realidades que ya existían<sup>603</sup> y que “esta orientación

---

<sup>602</sup> SUAY HERNÁNDEZ, CELIA, 'Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador* (CGPJ, Madrid, 1997) pp. 127-128.

<sup>603</sup> Concretamente y en palabras del citado autor: “Sentado esto, parece obligado tener en cuenta la posibilidad de que su expansión obedezca, al menos en parte, ya a la aparición de nuevos bienes jurídicos —de nuevos intereses o de nuevas valoraciones de intereses preexistentes—, ya al aumento de valor experimentado por algunos de los que existían con anterioridad, que podría legitimar su protección a través del Derecho penal. Las causas de la probable existencia de nuevos bienes jurídico-penales son, seguramente, distintas. Por un lado, cabe considerar la conformación o generalización de *nuevas realidades* que antes no existían —o no con la misma incidencia—, y en cuyo contexto ha de vivir la persona, que se ve influida por una alteración de aquéllas; así, a mero título de ejemplo, las instituciones económicas del crédito o de la inversión. Por otro lado, debe aludirse al deterioro de *realidades tradicionalmente abundantes* y que en nuestros días empiezan a manifestarse como «*bienes escasos*», atribuyéndoseles ahora un valor que anteriormente no se les asignaba, al menos de modo expreso; por ejemplo, el medio ambiente. En tercer lugar, hay que contemplar el incremento esencial de valor que experimentan, como consecuencia del cambio social y cultural, ciertas realidades que siempre estuvieron ahí, sin que se reparara en las mismas; por ejemplo, el patrimonio histórico-artístico” SILVA SÁNCHEZ,

a la protección de *contextos* cada vez más genéricos” ha supuesto una “administrativización” del Derecho penal<sup>604</sup>.

En cualquier caso, las relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador han sido, son y, parece que seguirán siendo, controvertidas.

Como bien reconoce García de Enterría, “un principio tradicional de nuestro Derecho Administrativo sancionatorio ha sido el de la compatibilidad entre las sanciones administrativas impuestas por un hecho determinado y las penas judiciales a que ese mismo hecho pueda dar lugar”<sup>605</sup>. Durante mucho tiempo nuestro ordenamiento respondió al postulado de la plena separación entre la potestad sancionadora de la Administración y la jurisdicción penal, lo que implicaba la aceptación de la compatibilidad de sanciones de ambos órdenes. Y, exceptuando el Código penal de 1928, que en su art. 823 lo prohibía expresamente al señalar que “*un mismo hecho no*

---

JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., (Bdf, Buenos Aires, 2001) p. 25.

<sup>604</sup> Explica este autor que “esta orientación a la protección de *contextos* cada vez más genéricos (en el espacio y en el tiempo) del disfrute de los bienes jurídicos clásicos, lleva al Derecho penal a entrar en relación con fenómenos de dimensiones estructurales, globales o sistémicas, en los que las aportaciones individuales, autónomamente contempladas, son, por el contrario, de «intensidad baja». Con ello, se ha producido seguramente la culminación del proceso: el Derecho penal, que reaccionaba *a posteriori* contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo), se ha convertido en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha «administrativizado» SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., (Bdf, Buenos Aires, 2001) p. 123; VERVAELE, JOHN, 'El principio non bis in idem en Europa', en LUIS ARROYO ZAPATERO & ADÁN NIETO MARTÍN (eds) *La orden de detención y entrega europea* (Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2006)

<sup>605</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO & FERNÁNDEZ GÓNZÁLEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*, (Civitas, Madrid, 2004) . También lo reconoce, entre otros, Arroyo Zapatero quien señala que “el sistema histórico se caracterizaba por la compatibilidad de las responsabilidades civiles, administrativas y penales por el mismo hecho, es decir, por el principio de un sistemático *bis in idem*”. ARROYO ZAPATERO, LUIS, 'El "ne bis in idem" en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social.', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador* (CGPJ, Madrid, 1997) pp. 309-310.

*podrá castigarse con sanción penal y administrativa*”<sup>606</sup>, la regla general admitida en nuestro Derecho positivo, con mayor o menor intensidad<sup>607</sup>, ha sido la de admitir la compatibilidad entre ambas clases de sanciones<sup>608</sup>. De esta manera, una misma acción podía constituir delito e infracción administrativa y ser sancionada, a la vez, penal y administrativamente, situación asumida por la jurisprudencia que aceptaba esta doble punición ya que cada sanción operaba en ámbitos diferentes<sup>609</sup>. Sin embargo, en un sentido contrario a lo anterior, también la jurisprudencia del Tribunal Supremo venía reconociendo, de una manera parcial, el principio *non bis in idem*, “al declarar que cuando un acto ilícito había sido ya castigado por los Tribunales de Justicia, la cosa juzgada impedía una posterior actuación administrativa, pero no al revés; lo que significaba que si era la Administración la primera en imponer la sanción, ello no impedía la posterior actuación y sanción de los órganos judiciales”<sup>610</sup>.

Ésta, que fue la tendencia general, tuvo su punto de inflexión con el Real Decreto-Ley 6/1977, de 25 de enero, que modificó, entre otros, el art. 2 la Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público, y supuso un cambio radical en el panorama legislativo al prohibir la imposición de una doble sanción –penal y administrativa- por unos mismos hechos y derogar cuantas normas se opusieran a él<sup>611</sup>.

---

<sup>606</sup> Citado en RIVES SEVA, ANTONIO PABLO, 'El principio non bis in idem y su significación actual en el Derecho administrativo sancionador', *Revista del Poder Judicial*, nº 32 (1993). p. 177

<sup>607</sup> Matiza De León Villalba, refiriéndose a la etapa preconstitucional en el Derecho español, que ésta “se caracteriza por una constante fluctuación en el tratamiento jurídico del principio que no permite establecer una regla general, de forma que su aplicación va desde la plena aceptación en el Código penal de 1928, pasando por una regulación confusa intermedia como la mostrada por el Código penal de 1944, hasta su completa negación llevada a cabo esencialmente por leyes penales especiales y normas administrativas. DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, (Bosch, Barcelona, 1998) p. 152.

<sup>608</sup> URRAZA ABAD, JESÚS, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, (La Ley, 2001) p. 117.

<sup>609</sup> MORCILLO MORENO, JUANA, *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho Administrativo*, 1ª ed., (La Ley, Madrid, 2007) p. 406.

<sup>610</sup> RIVES SEVA, ANTONIO PABLO, 'El principio non bis in idem y su significación actual en el Derecho administrativo sancionador', *Revista del Poder Judicial*, nº 32 (1993). p. 178

<sup>611</sup> Establecía el mencionado art. 2, párrafo 1º, que “no se impondrán conjuntamente sanciones gubernativas y sanciones penales por los mismos hechos. Cuando los actos contrarios al orden público puedan revestir caracteres de delito, las Autoridades gubernativas enviarán a la judicial competente los

Finalmente, fue la Constitución en 1978 y su –implícito- reconocimiento del principio *non bis in idem*, la que consagró la prohibición de la compatibilidad sancionadora, por la Administración y los órganos judiciales, eliminando la posibilidad de que sobre una misma infracción y persona concurran al mismo tiempo una sanción penal y otra administrativa, excluyéndose únicamente de esta prohibición de simultaneidad de sanciones los supuestos en los que exista una relación especial de sujeción.

### ***Excurso: Relaciones de especial sujeción con la Administración***

El concepto de relación de especial sujeción nace en el Derecho alemán en el s. XVIII referido a las relaciones de Derecho público que unos determinados colectivos mantenían con el Estado y del que el funcionario público era el representante arquetípico<sup>612</sup>.

Define Garberí Llobregat las relaciones de especial sujeción como “aquellas que se producen entre la propia Administración y los administrados que se sitúan en una posición más vinculada a su organización que el resto de los ciudadanos, por trabajar para ella, por realizarle obras encargadas, por prestar un servicio en su nombre, por ostentar en algunas materias su representación, en incluso por estar interno en alguno de sus Centros penitenciarios”. En estos casos se habla de Derecho administrativo disciplinario y de sanción disciplinaria. El Derecho administrativo disciplinario es aquel en que las potestades sancionadoras de la Administración van dirigidas a quienes se encuentran ligados a ella por una relación estatutaria o especial. Sanción disciplinaria es aquella que se impone a quienes tienen una relación especial con la Administración, por transgresiones de la disciplina interna por la que se rige dicha relación. Y éste es justo el fundamento por el que se admite la doble sanción –penal y administrativa- para unos

---

*antecedentes necesarios y las actuaciones practicadas para ésta proceda a su enjuiciamiento*”. BOE nº 34, de 9 de febrero de 1977, pp. 3130 – 3131.

<sup>612</sup> VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general*, (Instituto Nacional de Administración Pública y Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela y Madrid, 2003) p. 185, nota 60.



mismos hechos: la posibilidad de que una conducta vulnere preceptos del orden penal en general y preceptos particulares que rigen esas relaciones especiales entre el infractor y la Administración, basada en una “voluntad libremente aceptada del sujeto que decide incorporarse a esa relación especial de sujeción, aquietándose a todos sus contenidos negociales y disciplinarios”<sup>613</sup>.

Así lo ha reconocido el TS en diversas ocasiones al manifestar que “*Que la sanción penal en este caso, la de prisión menor en grado mínimo, con la accesoria de suspensión en los términos que dispone el art. 47 del C. P. y, por tanto, también en la profesión médica durante el tiempo de la condena, es compatible con la disciplinaria porque responden una y otra, a vulneraciones de ordenamientos diferentes, y actúan como reacciones sancionadoras en ámbitos diferenciados que no pueden, por ello, justificar alegatos de sanciones reduplicadas, atentatoria al principio «non bis in idem»*” (STS 23 de marzo de 1982, [RJ 1982\2325]); o que “*la duplicidad de sanciones en el ámbito de relaciones de poder especial no vulnera tal principio [se refiere al principio non bis in idem], como tiene proclamado el Tribunal Constitucional, entre otras, en S. 8-7-1986 ( RTC 1986\94 ) (Fto. Jco. 4. BOE de 22 julio), desde el momento en que el bien jurídico protegido en cada una de las relaciones de poder (general-delito y especial-infracción administrativa) es diferente*. (STS 18 de diciembre de 1991 [RJ 1991\9335], FD 2º). También lo reconoce la jurisprudencia del TC, como podemos comprobar en la STC 180/2004, de 2 de noviembre (RTC 2004\180), FJ 6, al resolver sobre la doble punición, penal y administrativa por relación de especial sujeción, a un guardia civil juzgado por abandono de servicio y conducción en estado de embriaguez, dictaminó que “*la irreprochabilidad penal de quienes ejercen funciones policiales es un interés legítimo de la Administración, diferenciado de la dignidad predicable de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, por lo que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no se infringe el principio ne bis in idem*”. En la STC 50/1983, de 14 de junio (RTC 1983\50), FJ 1, al señalar que “*No se produce, pues, la sanción como consecuencia de una conducta que en cualquier ciudadano resultaría punible, sino como resultado de la conducta exigible*

---

<sup>613</sup> GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, 'Principio "non bis in idem" y cuestiones de prejudicialidad', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997) pp. 96 y ss.

*de quienes, por estar facultados para el ejercicio de poderes públicos al obrar como autoridades o agentes de la autoridad, se encuentran en una relación de dependencia especial respecto de la Administración o vinculados con ella a través de relaciones que pertenecen a lo que una doctrina reciente denomina el círculo interior del Estado”. Y, más contundentemente, en la STC 2/1981, de 30 de enero (RTC 1981\2), FJ 4, en la que recoge, de manera explícita, la admisión de una doble punibilidad en estos supuestos, al expresar que “el principio general del derecho conocido por «non bis in idem» supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”.*

No obstante, en la más reciente STC 188/2005, de 7 de julio (RTC 2005\188), FJ 2d, si bien admite esta posibilidad –la doble sanción–, en realidad no lo hace como regla general por el hecho de existir una relación de especial sujeción, sino que lo considera una excepción, admitiéndolo solo en determinados supuestos en los que, en realidad, se consiente esta duplicidad punitiva porque no se da la identidad de fundamento. Así, primero manifiesta que “la existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación”, y después recoge la posible doble punición explicando que “para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección (STC 234/1991, de 10 de diciembre). En base a tal doctrina, este Tribunal ha considerado, por ejemplo, en el ATC 141/2004, de 30 de abril, que no se producía

*una vulneración del principio non bis in idem en un supuesto en el que un Abogado había sido sancionado penal y disciplinariamente, porque el «genérico ius puniendi del Estado ha sido ejercido sobre el hoy demandante de amparo exclusivamente por los órganos jurisdiccionales penales», y la sanción disciplinaria impuesta al mismo sujeto por los mismos hechos por el correspondiente Colegio de Abogados, en virtud de una Ley que ha delegado a estas corporaciones el ejercicio de la potestad disciplinaria en materias profesionales, tenía «un fundamento diverso del de las penas impuestas por aquellos órganos jurisdiccionales, fundamento el de aquélla que se encuentra en la función de vigilar el ejercicio de la abogacía y velar por que dicha actividad profesional se adecue a los intereses de los ciudadanos». Y es que, concluimos entonces, al no existir «la identidad de fundamento entre las sanciones penales y las colegiales infligidas al demandante no cabe aplicar la alegada interdicción de duplicidad de sanciones por los mismos hechos, condicionada, como hemos dicho, a que exista dicha identidad».*

Totalmente disconforme con la doctrina de admitir la excepción a la interdicción del *bis in idem* por la existencia de una relación de especial sujeción se muestra Huerta Tocildo para quien la relación de sujeción especial no supone ningún motivo para poder excusar una excepción a la aplicación del *non bis in idem* en los casos en que se aprecia identidad de sujeto, hecho y fundamento, ya que, para ella, no existe diferencia de índole cualitativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, del que forma parte el Derecho disciplinario de la función pública. Sostiene esta autora que es “de la opinión de que la sanción penal que se imponga por motivo de la comisión de un ilícito penal de funcionarios absorbe o consume (concurso de normas) a la sanción disciplinaria que, por ese mismo motivo o sobre la base de idéntico fundamento al que subyace a la sanción penal, pretendiera imponerse, ya que, al tener ambas idéntico fundamento, su doble imposición sería lesiva del *non bis in idem*. Sólo cuando sus fundamentos difieran, por no ser el delito cometido por el funcionario un delito propio del cargo sino un delito común (concurso de infracciones), podría justificarse la acumulación de dichas sanciones, siempre y cuando con la penal no pudieran considerarse ya satisfechos los fines a los que sirve la sanción disciplinaria. De ser así, la doble imposición ciertamente no lesionaría el *non bis in idem* pero resultaría contraria al principio de proporcionalidad”. Asimismo realiza una crítica de “la actual situación

de desuso –que no abandono- por el Tribunal Constitucional del concepto de relación de sujeción especial” que sirve para justificar “la cohabitación de sanciones penales y disciplinarias por motivo de unos mismos hechos e idéntico fundamento”<sup>614</sup>.

También se manifiesta en contra de la doble sanción en los casos en que exista una relación de sujeción Boix Reix, ya que “desde [su] punto de vista, salvo en aquellos casos en los que el ilícito disciplinario consista en haber sido condenado mediante sentencia firme, el principio *non bis in idem* debe proyectarse en su plenitud al ámbito sancionador disciplinario con independencia de la artificiosidad que reviste la figura de la sujeción especial, la configuración de los injustos penales en relación con conductas de funcionarios públicos comprende la tutela de intereses públicos administrativos y, desde luego, las reacciones penales previstas afectan, con penas principales generalmente, y en todo caso accesorias, a la relación entre el sujeto condenado y la Administración (inhabilitación, suspensión). En este sentido, en alguna ocasión se ha optado por aplicar en estos casos el principio *non bis in idem*, fundamentalmente por la identidad del interés jurídico protegido”<sup>615</sup>.

### ***3.1.5.3. Continuación. Principio “non bis in idem” en las relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador***

Cuando unos mismos hechos son a la vez constitutivos de delito e infracción administrativa y los bienes jurídicos a proteger sean los mismos, es decir, cuando una misma acción cae bajo el radio de influencia tanto del Derecho administrativo sancionador como del Derecho penal, la cuestión a resolver es cuál es el ordenamiento que tiene prevalencia sobre el otro, ¿el Derecho penal o el Derecho administrativo? Como veremos más adelante, esta pregunta tiene mucha importancia sobre todo en el tema medioambiental que es el que nos ocupa.

---

<sup>614</sup> HUERTA TOCILDO, SUSANA, 'Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios', en JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS (ed) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al prof. Dr. José Cerezo Mir* (Tecnos, Madrid, 2002) pp. 66, 71 y 72.

<sup>615</sup> BOIX REIG, JAVIER, 'La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson/Civitas, Madrid, 2005) p. 130.

Cano Campos señala que estos supuestos deben resolverse a favor de la vía penal, manteniendo el viejo aforismo del Derecho galo “*le criminel tient le civil en état*”<sup>616</sup>. En nuestro ordenamiento esta norma, recogida en el art. 114 LECr, primer párrafo, a cuyo tenor, “*Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal*”, fue confirmada en la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo art. 10.2 sostiene que “*No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de esta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca*”.

Aunque la doctrina mayoritaria defiende este criterio, es éste un tema que dispara enconados debates entre la doctrina<sup>617</sup>, existiendo una abundantísima exposición

---

<sup>616</sup> CANO CAMPOS, TOMÁS, 'Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo sancionador', *Revista de Administración Pública*, nº 156, septiembre - diciembre (2001). p. 214

<sup>617</sup> A favor: CANO CAMPOS, TOMÁS, 'Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo sancionador', *Revista de Administración Pública*, nº 156, septiembre - diciembre (2001). p. 217, PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2002) pp. 59 y ss., DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, *El principio de legalidad penal*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2004) pp. 179-181., NAVARRO CARDOSO, FERNANDO, 'El principio non bis in idem a la luz de la STC 177/1999: exposición y crítica', en ADÁN NIETO MARTÍN (ed) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. Vol. I* (Ediciones Universidad de Salamanca y Ediciones Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2001) pp. 1222 y ss., ALARCÓN SOTOMAYOR, LUCÍA, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, (Iustel, Madrid, 2008) p. 98., SUÁREZ LÓPEZ, JOSE MARÍA, 'La incidencia del principio "non bis in idem" ante ilícitos en materia de tráfico y seguridad vial', en LORENZO MORILLAS CUEVAS & LUIS APARICIO DÍAZ (eds) *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: Aspectos penales, civiles y procesales* (Dykinson, Madrid, 2007) p. 63., VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'Delitos contra el medio ambiente: consideraciones sobre la dependencia y el principio non bis in idem en la relación derecho penal-derecho administrativo', en MANUEL RAMÓN LLAMAS MADURGA & PEDRO BRUFAO CURIEL (eds) *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económico* (Mundi-prensa libros S.A., Madrid, 2003) pp. 189 y ss., MARINA JALVO,

266

tanto doctrinal como jurisprudencial. Así, no todos se muestran a favor de la prevalencia de la jurisdicción penal, abogando muchos por el criterio temporal al considerar que debe darse prioridad al orden que antes haya conocido del suceso sancionable<sup>618</sup> y otros, incluso, por estimar que debe prevalecer la vía administrativa<sup>619</sup>. Todo ello precedido de extensos debates sobre la independencia absoluta o limitada del orden penal respecto del administrativo.

En lo tocante a esta última cuestión, durante mucho tiempo en nuestro Derecho se mantuvo la total independencia entre el poder judicial y el sancionador de la Administración, lo que daba lugar a la vulneración del principio *non bis in idem*, pues sobre un mismo hecho realizado por una misma persona podían converger una sanción penal y otra administrativa conjuntamente<sup>620</sup>. Dicha situación era duramente descalificada por la doctrina mayoritaria<sup>621</sup>, aunque también se alzaban voces en contra como, por ejemplo, Garrido Falla quien sostenía que en relación con las potestades sancionadoras, disciplinaria y punitiva que han quedado determinadas, se podrán

---

BELÉN, 'La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales: Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem', *Revista de Administración Pública*, 162 (septiembre-diciembre 2003). pp. 184 y ss., MORILLAS CUEVAS, LORENZO, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley penal.*, (Dykinson, Madrid, 2004) p. 135.. En contra: REBOLLO PUIG, MANUEL, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, (INAP, Madrid, 1989) pp. 820 y ss., ALONSO MAS, M<sup>a</sup> JOSÉ, *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2005) p. 57 y ss., CID MOLINÉ, JOSÉ, 'Garantías y sanciones. Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas', *Revista de Administración Pública*, n° 140, mayo - agosto (1996). pp. 165-166, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *El principio "non bis in idem"*, (Dykinson, Madrid, 2004) pp. 55-56.

<sup>618</sup> Vid. NIETO GARCÍA, ALEJANDRO, *Derecho Administrativo sancionador*, 5ª ed., (Tecnos, Madrid, 2012) p. 423. DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, (Bosch, Barcelona, 1998) p. 587.

<sup>619</sup> Cid Moliné reconoce su preferencia al manifestar que "(...) atribuir la preferencia a la vía administrativa, que es la solución que lleva a resultados más adecuados al principio de *ultima ratio* (...) [es] a mi parecer la preferible". CID MOLINÉ, JOSÉ, 'Garantías y sanciones. Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas', *Revista de Administración Pública*, n° 140, mayo - agosto (1996). p. 166.

<sup>620</sup> QUERALT, JOAN J., *El principio non bis in idem*, (Tecnos, Madrid, 1992) p. 27.

<sup>621</sup> Vid. por todos, CEREZO MIR, JOSÉ, 'Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo', *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXVIII, Fascículo I (1975). pp. 159-171

establecer, entre otras, las siguientes reglas: “Son compatibles y, por tanto, pueden recaer sobre un mismo sujeto, la sanción penal y la disciplinaria”.<sup>622</sup>

Así lo explica claramente la STS 3507/1999, de 19 de abril, en su FD 2 al manifestar que “*Durante mucho tiempo ha recogido nuestro Derecho el principio de la plena separación de la potestad sancionadora de la Administración respecto de la jurisdicción penal, de manera que independientemente de que un hecho constituyera o no delito podía constituir una infracción administrativa sancionable por la Administración y, por tanto, un mismo hecho podía ser objeto de doble sanción administrativa y penal.*

*La jurisprudencia preconstitucional reflejaba el criterio expuesto que suponía la inexistencia de incompatibilidad e incluso, de relación entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la penal, y, por tanto, entre la corrección gubernativa que la primera podía confirmar en su función revisora y la pena impuesta por el Tribunal penal, ya que una y otra se desenvolvían en ámbitos distintos.*

*Este panorama, con algunos precedentes legislativos, cambia radicalmente como consecuencia de la vigencia de la Constitución que, en la interpretación que de su artículo 25 hace el Tribunal Constitucional, incorpora a nuestro ordenamiento jurídico las consecuencias del llamado principio «non bis in idem».”<sup>623</sup>*

Es por tanto, a partir de 1978, con la entrada en vigor de la Constitución y su reconocimiento -implícito- del principio *non bis in idem* cuando hay un cambio de criterio en esta materia. La jurisprudencia constitucional primero y la ordinaria después, siguieron, en palabras de Joan Queralt, “por el camino abierto con ahínco por la doctrina”, de manera que hoy día queda claramente reconocido que puede resultar inconstitucional un doble castigo penal y administrativo por un mismo hecho<sup>624</sup>.

Veamos algunos ejemplos de resoluciones del Tribunal Constitucional que

---

<sup>622</sup> GARRIDO FALLA, FERNANDO, 'Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas', *Revista de Administración Pública*, nº 28 (1959). p. 39

<sup>623</sup> STS 3507/1999, de 19 de abril (RJ 1999\3507), Fundamento de Derecho 2.

<sup>624</sup> QUERALT, JOAN J., *El principio non bis in idem*, (Tecnos, Madrid, 1992) p. 27.

reconocen esta doctrina: “El principio general del derecho conocido por «non bis in idem» supone, en una de sus más conocidas manifestaciones que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.”<sup>625</sup>

“La regla «non bis in idem» no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral), pero no lo es menos que sí impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta”<sup>626</sup>.

“Dicho principio del «non bis in idem», (...) tal y como lo ha venido interpretando este Tribunal -Sentencias 2/1981, de 30 de enero; 159/1985, de 27 de noviembre y 23/1986, de 14 de febrero-, impone por una parte la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio de «ius puniendi» del Estado y, por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, a excepción de aquellos supuestos en los que, derivado de una relación de supremacía especial de la Administración, esté justificado el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración.”<sup>627</sup>

“La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura, por tanto, como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración

---

<sup>625</sup> STC 2/1981, de 30 de enero (RTC 1981/2), Fundamento Jurídico 4.

<sup>626</sup> STC 159/1985, de 27 de noviembre (RTC 1985/159), Fundamento Jurídico 3

<sup>627</sup> STC 94/1986, de 8 de julio (RTC 1986/94), Fundamento Jurídico 4.



*sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento*»<sup>628</sup> <sup>629</sup>.

Ahora bien, una vez que queda claro que el principio *non bis in idem* quedará vulnerado si se sostiene la independencia absoluta entre órdenes administrativo sancionador y penal, por lo que se defiende la unidad del poder sancionador del Estado manifestado en las sanciones penales y en las administrativas, queda por resolver la duda de cuál de estos órdenes tiene prevalencia sobre el otro<sup>630</sup>.

Es igualmente, en este tema, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que nos da la respuesta, y si bien podemos reconocer una doctrina casi unánime que defiende la prevalencia del orden penal sobre el administrativo, también podemos observar alguna discrepancia con ese criterio.

En su sentencia de 3 de octubre de 1983, el Tribunal Constitucional enuncia claramente la tesis de la prevalencia de la jurisdicción penal sobre la administrativa y los requisitos para poder argumentar y reconocer dicha prevalencia: “*La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse en favor de la primera. De esta premisa son necesarias consecuencias las siguientes: a) el necesario control «a posteriori» por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos*

---

<sup>628</sup> STC 48/2007, de 12 de marzo (RTC 2007/48), Fundamento Jurídico 3.

<sup>629</sup> Cfr. también , entre otras: SSTC 154/90, de 15 de octubre, FJ 3; 204/96 de 16 de diciembre, FJ 2; 177/99, de 11 de octubre, FJ 4; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 o 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 14.

<sup>630</sup> Recordemos lo también expuesto en la STC 77/83, de octubre (RTC 1983/77), Fundamento Jurídico 4: “*El principio «non bis in idem» determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación normativa diferente, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.*”

*sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada.*”<sup>631</sup>

Sin embargo, en su criticadísima<sup>632</sup> STC 177/99, el TC se separa de esta doctrina

---

<sup>631</sup> STC 77/83, de 3 de octubre (RTC 1983/77), Fundamento Jurídico 3.

<sup>632</sup> Vid. TORRES FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> ELENA, 'El principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional. Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre', *La Ley*, n° 4 (2000). pp. 1547 y ss., DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, 'Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la STC 177/1999, de 11 de octubre) sobre el principio non bis in idem', *Actualidad penal*, n° 22 (2000). pp. 473 y ss., CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU & GALLEGU SOLER, JOSÉ IGNACIO, 'Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del Derecho ambiental: ne bis in idem material y procesal (Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre)', *Actualidad penal*, n° 8 (febrero de 2000). pp. 159 y ss., VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'Delitos contra el medio ambiente: consideraciones sobre la dependencia y el principio non bis in idem en la relación derecho penal-derecho administrativo', en MANUEL RAMÓN LLAMAS MADURGA & PEDRO BRUFAO CURIEL (eds) *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económico* (Mundi-prensa libros S.A., Madrid, 2003) pp. 184 y ss., PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2002) pp. 36 y ss., SUÁREZ LÓPEZ, JOSÉ MARÍA, 'La incidencia del principio “non bis in idem” ante ilícitos en materia de tráfico y seguridad vial', en LORENZO MORILLAS CUEVAS (ed) *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: Aspectos penales, civiles y procesales* (Dykinson, Madrid, 2007) pp. 45 y ss., JIMÉNEZ MOSTAZO, ANTONIO & ALVARADO RODRÍGUEZ, PEDRO, 'Ne bis in idem, un principio constitucional de creación jurisprudencial (III). Formulación constitucional', *Anualidad de la Facultad de Derecho*, vol. XXIII (2005). pp. 352-354, BOIX REIG, JAVIER, 'La jurisprudencia constitucional sobre el principio non bis in idem', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson/Civitas, Madrid, 2005) pp. 133 y ss., SOTO NIETO, FRANCISCO, 'Infracciones administrativa y penal relativas a un mismo hecho', *La ley*, n° 1 (2004). pp. 1790 y ss., GÓRRIZ ROYO, ELENA, 'Sentido y alcance del ne bis in idem respecto a la preferencia de la jurisdicción penal en la jurisprudencia constitucional (en especial la STC 2/2003, de 16 de enero)', *Estudios penales y criminológicos*, n° 24 (2002-2003). pp. 206 y ss., NAVARRO CARDOSO, FERNANDO, 'El principio ne bis in idem a la luz de la STC 177/1999, de 11 de octubre', en ADÁN NIETO MARTÍN (ed) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. Vol. I* (Ediciones Universidad de Salamanca y Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001) pp. 1217 y ss., BENLLOCH PETIT, GUILLERMO, 'El principio non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario', *Revista del Poder Judicial. CGPJ*, n° 51 (1998). pp. 303 y ss. Alonso Mas, sin embargo, considera que la lección de esta sentencia es que la prevalencia de la vía penal es una garantía para el

y otorga el derecho de amparo solicitado a quien ya había sido sancionado administrativamente y que posteriormente fue condenado como autor de un delito contra el medio ambiente en el orden jurisdiccional penal, ya que se reconocía la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento: *“Por ello, en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, la interdicción del «ne bis in idem» no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental.”* Y *“Hemos de concluir, por lo expuesto, que irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento . Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche aflictivo.”*<sup>633</sup>

Como ya se mencionó anteriormente, esta sentencia cuenta con un voto particular en contra emitido conjuntamente por los Magistrados D. Pedro Cruz Villalón y Dña. Emilia Casas Baamonte quienes argumentaron que *“(...) la opinión de la mayoría, desarrollada en el fundamento jurídico 4º de la sentencia, invierte las relaciones entre Poder Judicial y Administraciones sancionadoras que se desprenden del diseño constitucional, y muy especialmente del art. 25 CE, y que nuestra jurisprudencia ha venido manteniendo desde la capital STC 77/1983 constantemente (...).*

*En aquella sentencia, que sintetizó los criterios fundamentales que habían sido*

---

ciudadano que no puede volverse en su contra. ALONSO MAS, MARÍA JOSÉ, *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición del doble enjuiciamiento*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2005) p. 11.

<sup>633</sup> STC 177/99, de 11 de octubre (RTC 1999/177), Fundamentos Jurídicos 3 y 4. Otra sentencia en la que también muestra esta tendencia es en la STC 152/2001, de 2 de julio (RTC 152/2001).

*alumbrados por los primeros pronunciamientos de este Tribunal sobre esta materia, y en particular sobre el principio «ne bis in idem», se señaló que la Constitución impone unos límites precisos a la potestad sancionadora de las Administraciones públicas. Junto a los que consisten en la legalidad, la interdicción de privaciones de libertad y el respeto a los derechos de defensa, se subrayó «la subordinación a la Autoridad judicial».*

*Dicha subordinación conlleva distintos aspectos, destacados en la STC 77/1983, fundamento jurídico 3º. Pero todos ellos se basan en la misma idea esencial: La subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa haya de resolverse a favor de la primera». Lo que lleva a cabo la decisión de la mayoría es, cabalmente, lo contrario: impedir la actuación de la jurisdicción penal, desde el momento mismo en que se impone una sanción administrativa. Al blindar ante la Ley Penal a los ciudadanos que sufren una multa por parte de una Administración pública, se resuelve a favor de las autoridades administrativas la posible colisión que pudiera producirse entre sus actividades y la de los órganos de la Justicia Penal. Resultado que rompe la estructura básica del Estado de Derecho configurado por nuestra Constitución (...).*

*La solución de dar preferencia a la primera sanción que deviene firme, aun cuando sea administrativa, en vez de dar preferencia a la sanción penal pronunciada por un Tribunal después de un proceso con todas las garantías, es una solución ajena a la norma constitucional". La opinión mayoritaria del Tribunal, sin embargo, fue radicalmente contraria a este argumento, ya que lo que su fallo implica es la imposibilidad de que la jurisdicción penal pueda actuar, desde el preciso momento en que se impone una sanción administrativa. La crítica que se hace a esta tesis es clara: si se blindo la Ley penal a quienes han sido sancionados administrativamente, se va a resolver a favor de las autoridades administrativas la posible colisión entre la actividad de éstas y los órganos de la jurisdicción penal, lo que destruye la estructura básica del Estado de Derecho conformado en nuestra Constitución<sup>634</sup>. El temor que esta sentencia*

---

<sup>634</sup> Vid. SUÁREZ LÓPEZ, JOSE MARÍA, 'La incidencia del principio "non bis in idem" ante ilícitos en materia de tráfico y seguridad vial', en LORENZO MORILLAS CUEVAS & LUIS APARICIO DÍAZ (eds)

ocasionó fue, por un lado, que fuera utilizada para solicitar la revisión de las decisiones judiciales en aquellos supuestos en los que hubiera existido previamente un procedimiento administrativo sobre los mismos hechos<sup>635</sup> y, por otro, que la consolidada proclama de la subordinación de los actos sancionadores administrativos a los de la Autoridad judicial, de manera que la colisión entre ambos haya de resolverse a favor de los segundos, quedaba sustituida por la de la subordinación a la sanción que sea cronológicamente primera en el tiempo, y si tenemos en cuenta que la justicia penal suele ser más lenta que la actuación de la Administración, se produciría casi inevitablemente la permanente subordinación de la jurisdicción penal a la potestad sancionadora administrativa<sup>636</sup>. Más tajante se muestra Torres Fernández, para quien este criterio de prevalencia (o subordinación) por motivos cronológicos conduce a una intolerable inseguridad jurídica<sup>637</sup>.

Esta controvertida sentencia generó un colosal debate doctrinal y, aunque, como hemos visto, la opinión mayoritaria fue contraria al fallo otorgado<sup>638</sup>, también salieron

---

*Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: Aspectos penales, civiles y procesales* (Dykinson, Madrid, 2007) p. 51.

<sup>635</sup> VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'Delitos contra el medio ambiente: consideraciones sobre la dependencia y el principio non bis in idem en la relación derecho penal-derecho administrativo', en MANUEL RAMÓN LLAMAS MADURGA & PEDRO BRUFAO CUIEL (eds) *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económico* (Mundi-prensa libros S.A., Madrid, 2003) p. 193.

<sup>636</sup> Vid. SUÁREZ LÓPEZ, JOSE MARÍA, 'La incidencia del principio "non bis in idem" ante ilícitos en materia de tráfico y seguridad vial', en LORENZO MORILLAS CUEVAS & LUIS APARICIO DÍAZ (eds) *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: Aspectos penales, civiles y procesales* (Dykinson, Madrid, 2007) p. 51.

<sup>637</sup> TORRES FERNÁNDEZ, M. ELENA, 'El principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional. Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre,' *La Ley*, nº 4 (2000). pp. 1550 y ss.

<sup>638</sup> Vid. DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, 'Teoría y Práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la STC 177/99, de 11 de octubre), sobre el principio ne bis in idem', *Actualidad Penal*, nº 22 (2000). GÓRRIZ ROYO, ELENA, 'El principio non bis in idem y la regla de preferencia del orden jurisdiccional penal a la luz de la STC 177/1999, de 11 de octubre', *Revista de Ciencias Penales*, vol.v3 (2000). p. 275. TORRES FERNÁNDEZ, M. ELENA, 'El principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional. Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre,' *La Ley*, nº 4 (2000). p. 1550. VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'La incorporación del principio "el que no corre vuela" en Derecho constitucional.', *Derecho y Medio Ambiente. Revista para el desarrollo sostenible*, vol. 1, nº 2 (abril - junio 2000). pp. 67 y ss. Este

voces a favor de este cambio de postura. De manera moderada Corcoy Bidasolo y Gallego Soler sostienen que no hay que defender siempre la prevalencia penal sobre la administrativa sino estar al caso concreto y que, en todo caso, lo correcto sería regular la revisión en vía jurisdiccional de las decisiones erróneas de la Administración<sup>639</sup>. De manera más contundente Muñoz Lorente se muestra a favor de la citada sentencia<sup>640</sup> porque entiende que la situación descrita en la misma se da muchas veces en la práctica, por lo que, para evitar la duplicidad de sanciones penales y administrativas, el órgano jurisdiccional del orden penal, al ser posterior en el tiempo, debe renunciar a su competencia, pues el hecho ya se encuentra sancionado por la Administración, y esto es lo que el TC, con esta sentencia, ha querido solucionar<sup>641</sup>.

Por mi parte, considero adecuada la tesis mantenida en el voto particular emitido por los dos magistrados anteriormente nombrados. En primer lugar, la mayoría parte de que en realidad no hay un conflicto de jurisdicciones cuando sí lo hay, ya que, según ellos, se da la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Y, este dato es importante porque, como sostiene Vercher Noguera, esto supone que el TC se inclina por la vertiente material y no por la procesal<sup>642</sup>, con lo que se puede soslayar la norma de la

---

último autor llegó incluso a hablar de que con este fallo se incorporaba un nuevo principio general del Derecho: “el que no corre vuela”.

<sup>639</sup> CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU & GALLEGU SOLER, JOSÉ IGNACIO, 'Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito ambiental: ne bis in idem material y procesal (Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre)', *Actualidad Penal*, nº 8 (febrero de 2000). pp. 175 y ss.

<sup>640</sup> MUÑOZ LORENTE, JOSÉ, *la nueva configuración del principio non bis in idem. Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito medioambiental*, (ECOIURIS, Madrid, 2001) pp. 69 y ss.

<sup>641</sup> También emitieron una valoración positiva PORTERO DE LA TORRE, M<sup>a</sup> DEL ROSARIO & ZUGALDÍA ESPINAR, JOSE MIGUEL, 'Principio de legalidad y non bis in idem: A propósito de la STC 177/1999, de 11 de octubre', en JOSE MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR & EDUARDO ROCA ROCA (eds) *Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García* (Universidad de Granada, Granada, 2001) pp. 1066 y ss.

<sup>642</sup> Recordemos que la vertiente procesal es la manifestación de la subordinación de la Administración a la Autoridad Judicial, mientras que la vertiente material simplemente supone la prohibición de la duplicidad de sanciones administrativas y penales en los casos de identidad de sujeto, hecho y fundamento. VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'Delitos contra el medio ambiente: consideraciones sobre la dependencia y el principio non bis in idem en la relación derecho penal-derecho administrativo', en MANUEL RAMÓN LLAMAS MADURGA & PEDRO BRUFAO CURIEL (eds) *Conflictos entre el desarrollo de las aguas*

preponderancia de la jurisdicción penal. Y, en segundo lugar, porque soslayar esta norma no sólo implica la vulneración de la Constitución y la legalidad vigente, que impone a la Administración paralizar el procedimiento administrativo cuando esté o deba estar pendiente un proceso penal sobre los mismos hechos (teniendo en cuenta, además, que los tribunales de lo penal habían intentado, por su parte, evitar el *non bis in idem*, a través de la compensación de sanciones) sino también porque, como bien vaticina Suárez López<sup>643</sup>, si se mantiene este criterio, el ciudadano podría pretender cumplir con la sanción administrativa y así garantizarse la inmunidad penal.

La propia legislación administrativa reconoce esta prevalencia, ya que el art. 7 del R.D. 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, establece la preferencia de la vía penal y preserva el *non bis in idem*.<sup>644</sup>

Posteriormente, el Tribunal Constitucional ha revisado ese cambio de doctrina y ha vuelto a la tesis mantenida tradicionalmente con la STC 2/2003, de 16 de enero, en la que se aparta explícitamente de lo mantenido en sus sentencias 177/199 y 152/01, al sostener que “*el principio “non bis in idem” no impide que un mismo hecho pueda*

---

*subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económico* (Mundiprensa libros S.A., Madrid, 2003) P. 191.

<sup>643</sup> SUÁREZ LÓPEZ, JOSE MARÍA, 'La incidencia del principio "non bis in idem" ante ilícitos en materia de tráfico y seguridad vial', en LORENZO MORILLAS CUEVAS & LUIS APARICIO DÍAZ (eds) *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: Aspectos penales, civiles y procesales* (Dykinson, Madrid, 2007) p. 56.

<sup>644</sup>Art. 7 R.D. 1398/1993. Vinculaciones con el orden jurisdiccional penal. 1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.

3. En todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.

*recibir diferente tratamiento en los diferentes ámbitos debiendo en este caso sencillamente atenernos a un cierto orden de preferencia, que en esta materia viene resolviéndose a favor de la jurisdicción penal (artículo 10 L.O.P.J. ), a la que con carácter general se le viene atribuyendo siempre preferencia.”*<sup>645</sup>

Tampoco esta sentencia ha quedado exenta de críticas doctrinales. En la misma, el Tribunal opta por considerar que no es suficiente con descontar la sanción administrativa previamente impuesta a la penal sino que lo que hay que hacer es anular todo rastro que quede de aquella a efectos, por ejemplo, de reincidencia o reiteración (FJ 6)<sup>646</sup>. Y, si bien esta consideración la adopta con la intención de respetar el principio rector de prevalencia de la vía penal y deber de la Administración de paralizar el procedimiento y la vertiente procesal del principio *non bis in idem*, la doctrina considera que no soluciona todos los problemas pues no resuelve quién tiene competencia para borrar los efectos de una sanción administrativa si la jurisdicción contencioso-administrativa o, en los casos de los que estamos hablando, la jurisdicción penal, considerando la solución ofrecida en esta resolución como un “atajo”. La gran crítica es que puede suponer una pérdida de eficacia del principio *non bis in idem*, toda vez que posibilita la dualidad de procedimientos penal y administrativo al estimar que la sencillez de los procedimientos administrativos impide su equiparación con la de los penales<sup>647</sup>. Señala la mencionada sentencia que “*la sencillez del procedimiento*

---

<sup>645</sup> STC 2/2003, de 16 de enero (RTC 2003/2), Fundamento Jurídico 2.f.primer. Tesis mantenida actualmente, como podemos comprobar en el FJ 3 de su STC 70/2012, de 16 de abril [RTC 2012\70].

<sup>646</sup> Señala la STC 2/2003 en su FJ 6 que frente “*a los sostenido en la STC 177/1999, de 11 de octubre (FJ 4), no basta la mera declaración de imposición de la sanción si se procede a su descuento y a evitar todos los efectos negativos anudados a la resolución administrativa sancionadora para considerar vulnerado el derecho fundamental a no padecer más de una sanción por los mismos hechos con el mismo fundamento. En definitiva, hemos de precisar que en este caso no hay ni superposición ni adición efectiva de una nueva sanción y que el derecho reconocido en el art. 25.1 CE en su vertiente sancionadora no prohíbe el «doble reproche aflictivo», sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos con el mismo fundamento padecida por el mismo sujeto*”.

<sup>647</sup> Vid. ALONSO MAS, M<sup>a</sup> JOSÉ, *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2005) pp. 13-14. PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup> MAGNOLIA, et al., 'Derecho Constitucional III. Tema 10.', (2010). Visitado el 19/05/2012 en <http://ocw.um.es/cc-juridicas/derecho-constitucional-iii/material-de-clase-1/non-bis-in-idem.pdf>. SUÁREZ LÓPEZ, JOSE MARÍA, 'La incidencia del principio "non bis in idem" ante ilícitos en materia de tráfico y seguridad vial', en



*administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impiden equiparar el expediente administrativo sancionador sustanciado (...) a un proceso penal a los efectos de entender que el recurrente ha sufrido una vulneración de su derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador”*<sup>648</sup>.

Como ya he señalado antes, considero más apropiada la tesis mantenida por el TC en la STC 2/2003 que la defendida en la STC 177/99, si bien hay que tener en cuenta que en el terreno medioambiental esto entraña una dificultad añadida pues muchas sanciones administrativas son más severas que las tipificadas en el orden penal y, habitualmente en esta materia los procedimientos administrativos son extraordinariamente complejos. Así las cosas, cabe preguntarse ¿habría que diferenciar entre procedimientos administrativos sencillos y complejos?<sup>649</sup>, ¿Se podrían equiparar los “procedimientos administrativos complejos” a los penales? Es claro que trazar una línea divisoria entre procedimientos administrativos simples y complejos es casi imposible por lo que tendrá que ser el aplicador del Derecho el que, en cada caso concreto, realice la valoración, siempre manteniendo las reglas directrices de respeto a la seguridad jurídica y proporcionalidad inherentes al reconocimiento (implícito) constitucional del principio *non bis in idem*.

#### **3.1.5.4. Problemática del “bis in idem” en el ámbito medioambiental**

El problema surge porque en la protección ambiental el legislador adelanta la intervención penal sin esperar a la lesión de los bienes jurídicos, ya que basta con su puesta en peligro. Además, se encuentra con un ámbito pormenorizadamente regulado

---

LORENZO MORILLAS CUEVAS & LUIS APARICIO DÍAZ (eds) *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: Aspectos penales, civiles y procesales* (Dykinson, Madrid, 2007) p. 62.

<sup>648</sup> STC 2/2003, de 16 de enero (RTC 2003/2), FJ 8 *in fine*. Reiterado en la STC 334/2005, de 20 de diciembre (RTC 2005/334), FJ 2.

<sup>649</sup> SUÁREZ LÓPEZ, JOSE MARÍA, 'La incidencia del principio "non bis in idem" ante ilícitos en materia de tráfico y seguridad vial', en LORENZO MORILLAS CUEVAS & LUIS APARICIO DÍAZ (eds) *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: Aspectos penales, civiles y procesales* (Dykinson, Madrid, 2007) p. 63.

por el Derecho administrativo que debe regular el conflicto existente entre los intereses tecnológicos e industriales y los intereses sociales que pretenden la conservación del ambiente saludable. Por ello, el Derecho administrativo permite la explotación de los recursos naturales, pero estableciendo –en un gran número de normas y órdenes- límites a los comportamientos que puedan perjudicar el medio ambiente<sup>650</sup>.

Charlando con un amigo sobre el tema de mi tesis y, al comentarle que estaba escribiendo un capítulo -simplificando mucho- sobre el problema que se suscita cuando un mismo ataque contra el medio ambiente está contemplado en dos normativas distintas, la penal y la administrativa, él contestó sin dudar: “hay que aplicar la que imponga la sanción más fuerte”. Esto dicho así, de manera espontánea, me hizo meditar sobre dos cosas: primero, que para él, sin necesidad de entrar en valoraciones ni estudios jurídicos, el medio ambiente era uno de los bienes más dignos de protección y, segundo, que esa protección debería dejar de lado las “rencillas” que, a veces, parecen existir entre los diferentes ordenamientos olvidando que lo importante es la defensa del medio ambiente. Y lo que, sin conocimientos jurídicos, es dicho de forma espontánea coincide con lo que algunos profesionales del Derecho, con todo conocimiento de causa, también piensan. Y es que, a pesar de que, como hemos visto anteriormente, las decisiones jurisprudenciales mantienen, salvo contadísimas excepciones -como la mencionada STC 177/99- el criterio de preferencia de los procedimientos y sanciones penales sobre los administrativos en caso de concurrencia de ambos órdenes, esta regla es cuestionada en el supuesto del medio ambiente donde, en muchas ocasiones, las sanciones administrativas son más severas que las previstas en el orden penal. Estos supuestos hacen que un sector de la doctrina llegue a considerar absurdo que se prefieran las leyes penales a las administrativas cuando las consecuencias de las primeras sean más benignas que las de éstas últimas, dándose la paradoja de que los infractores prefieran que su acción sea calificada penal y no administrativamente, ya que el tope económico es más beneficioso en el primer supuesto<sup>651</sup>. Lo que este

---

<sup>650</sup> DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una valoración administrativa ilícita*, (Cedecs, Barcelona, 1996) p. 61.

<sup>651</sup> Explica Ruíz Vadillo que, con la normativa actual quien, por ejemplo, contamine la atmósfera o los ríos preferirán ser calificados penal antes que administrativamente por los topes económicos de ambas sanciones. RUIZ VADILLO, ENRIQUE, 'La aplicación de los principios constitucionales del orden penal en

contrasentido parece indicar, a mi entender, es que debería establecerse un límite para que estas situaciones no tuviesen lugar, algo parecido a lo que, como recuerda Ruíz Vadillo, se contenía en el art. 603 del anterior Cp, a cuyo tenor: “*En las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la administración que se publicaren en lo sucesivo y en los bandos de policía y buen gobierno que dictaren las autoridades, no se establecerán penas mayores que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales*”<sup>652</sup>.

Ello no implica que haya de aprobarse el acaparamiento por parte del Derecho Administrativo de conductas sancionables, lo que ha sido criticado por otro sector de la doctrina que habla de la “codicia” del Derecho administrativo. Así, De Vicente Martínez señala que “la codicia del Derecho administrativo ha dejado sin contenido real algunas de las conductas tipificadas por el Cp” (...). Esa codicia del Derecho administrativo, además, tiene un claro efecto criminógeno, ya que crea un clima de inseguridad favorable a la multiplicación de las infracciones porque cuando la Administración sanciona en primer lugar resta eficacia a los tipos penales”<sup>653</sup>, “Opinión

---

el Derecho administrativo sancionador, examinados desde la vertiente constitucional, administrativa y penal', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997) pp. 23-24. No obstante, a este respecto hay que tener en cuenta también que una sanción penal no sólo se concreta en dinero en cuanto a las consecuencias negativas, sino que también debemos computar dentro de las mismas los antecedentes penales, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa “*de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente* (art. 53.1 Cp) o los efectos sobre la reputación que toda sanción penal lleva acarreada.

<sup>652</sup> Esta apostilla es la que convertía la norma en ineficaz pues servía como excusa para quebrar el sistema a base de leyes especiales “que es lo que se hacía todos los días y a todas horas”. RUIZ VADILLO, ENRIQUE, 'La aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho administrativo sancionador, examinados desde la vertiente constitucional, administrativa y penal', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997) p. 24.

<sup>653</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, 'Relaciones de Derecho penal - Derecho administrativo sancionador en materia de Seguridad en el Trabajo', en JUAN TERRADILLOS BASOCO & MARÍA ALCALÁ SÁNCHEZ (eds) *Estudios jurídicos sobre siniestralidad laboral* (Junta de Andalucía. Consejería de empleo, Sevilla, 2006) p. 144-145.

fácilmente constatable si tenemos en cuenta las innumerables sentencias del orden contencioso administrativo frente a una jurisprudencia penal prácticamente nula”<sup>654</sup>. O Rodríguez Devesa y Serrano Gómez que opinan que “la codicia del Derecho administrativo reviste a veces formas inadmisibles, pues ni siquiera el positivismo más radical puede defender el que baste con una ley para convertir en «sanciones administrativas» verdaderas penas privativas de libertad. (...) La avidez invasora del derecho administrativo se manifiesta también en la tendencia a vaciar el Cp no sólo de infracciones catalogadas como faltas, sino de auténticos delitos.”<sup>655</sup>

Ahora bien, aunque personalmente coincida con el criterio de estos autores y no vea con buenos ojos la ambición desmedida del Derecho administrativo es claro que, aunque no existe un criterio nítido de diferenciación entre infracciones penales y administrativas <sup>656</sup>, tampoco podemos defender una total separación entre ambos órdenes <sup>657</sup>. El propio Código penal reconoce la necesidad de apoyarse, para la protección del medio ambiente, en las normas administrativas, al castigar en el art. 325

---

<sup>654</sup> De Vicente Martínez, Rosario. Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la STC 177/1999, de 11 de octubre, sobre el principio ne bis in idem). *Actualidad penal*, nº 22 (2000).

<sup>655</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA & SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho Penal Español. Parte General.*, 18ª ed., (Dykinson, Madrid, 1995) p. 20.

<sup>656</sup> Reconoce Rodríguez Devesa que “no es posible *de lege lata* ni *de lege ferenda* encontrar un criterio suficientemente seguro para decir *ex ante*, con precisión lógica inexorable, qué conductas deben permanecer en el Derecho penal y cuáles deben ser sancionadas exclusivamente con sanciones de tipo administrativo”. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA & SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho Penal Español. Parte General.*, 18ª ed., (Dykinson, Madrid, 1995) p. 32.

<sup>657</sup> Lo que para De Vicente Martínez resultaría “anacrónico y no aceptable para un Estado de Derecho”. DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, 'Relaciones de Derecho penal - Derecho administrativo sancionador en materia de Seguridad en el Trabajo', en JUAN TERRADILLOS BASOCO & MARÍA ALCALÉ SÁNCHEZ (eds) *Estudios jurídicos sobre siniestralidad laboral* (Junta de Andalucía. Consejería de empleo, Sevilla, 2006) p. 145. En el mismo sentido GONZÁLEZ GUITIÁN, LUIS, 'Sobre la accesoriedad del Derecho penal en la protección del ambiente', *Estudios penales y criminológicos*, 14 (1989-1990). p. 117

También Rodríguez Devesa, aunque defiende el carácter autónomo del Derecho penal, admite que “al hablar de autonomía no se quiere decir que el Derecho penal posea una independencia absoluta respecto al resto del ordenamiento jurídico. Ninguna rama del Derecho posee una independencia de esta clase, que estaría en contradicción con la unidad de dicho ordenamiento”. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA & SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho Penal Español. Parte General.*, 18ª ed., (Dykinson, Madrid, 1995) pp. 25 y 27.

al que realizare las conductas en él señaladas, “*contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*”. En la misma línea se pronuncia González Guitián, para quien “frente a lo que se ha llamado *tendencia emancipatoria*, pienso que la accesoriedad del Derecho penal en la protección del medio ambiente debe mantenerse. El núcleo central de los delitos ecológicos, compuestos por esas conductas –en principio- necesarias, no puede construirse sin ella. Sólo cabrán excepcionalmente tipos no accesorios para atentados ecológicos concretos derivados de actividades no socialmente admitidas y, por lo tanto, mucho más fácilmente delimitables, como podría ser, para poner un ejemplo, el caso del delito de incendio forestal”<sup>658</sup>.

Nos encontramos, por tanto, con la necesidad de elegir un sistema adecuado de relación entre los órdenes administrativo y penal cuando concurren en materia de protección de medio ambiente. Siguiendo a Brandariz García, tres son los sistemas a elegir<sup>659</sup>:

- *Modelo de independencia del Derecho penal*. En este caso los tipos penales describen la conducta prohibida sin hacer referencia alguna a conceptos administrativos.

- *Modelo de accesoriedad limitada o relativa*. Existe, en este modelo, una cierta subordinación de la intervención penal, ya que los ilícitos penales parten de la infracción de normas administrativas, quedando integrada dentro del tipo penal la vulneración de los preceptos administrativos.

- *Modelo de accesoriedad absoluta o extrema*. En este supuesto, la subordinación del Derecho penal al administrativo es total, ya que los tipos penales se configuran como leyes absolutamente en blanco que sancionan la simple conculcación

---

<sup>658</sup> GONZÁLEZ GUITIÁN, LUIS, 'Sobre la accesoriedad del Derecho penal en la protección del ambiente', *Estudios penales y criminológicos*, 14 (1989-1990). p. 118

<sup>659</sup> BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, 'Cuestiones derivadas de la concurrencia del Derecho penal y del Derecho administrativo en materia de tutela de medio ambiente', *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 7 (2003). pp. 157-158.

de las instrucciones administrativas<sup>660</sup>.

Son muchas las críticas que se hacen al modelo de dependencia del Derecho penal al administrativo tales como que, con esta técnica, la normativa penal adquiere el carácter de ley en blanco y la problemática que, como más adelante veremos, ello comporta; que la distribución de competencias que se atribuyen a los poderes ejecutivo y legislativo, puede menoscabar el principio de legalidad; que puede producirse una sumisión permanente a las exigencias de la Administración, especialmente en el ámbito económico; que puede disminuir la seguridad jurídica del medio ambiente como bien jurídico realmente protegido, ya que más pareciera que se tutela las facultades de la Administración en el cuidado del mismo; y que supone la pérdida de eficiencia de un Derecho penal que se hace depender en último término de la actuación administrativa y por tanto diluirse la protección penal<sup>661</sup>.

No obstante todo ello, la tendencia actual para la protección medioambiental se orienta al modelo de accesoriedad limitada y es el adoptado por nuestro Cp en su art. 325<sup>662</sup>. Lo más criticado en la asimilación de este modelo es la utilización de las leyes penales en blanco, que pueden derivar en que “las disposiciones administrativas no cumplan acertadamente con las condiciones idóneas para la protección eficaz del medio ambiente”<sup>663</sup>, ya que se obstaculiza el conocimiento de la materia de prohibición.

---

<sup>660</sup> Otros autores distinguen entre accesoriedad normativa-conceptual, accesoriedad de norma o derecho (a la que se considera la más adecuada y menos peligrosa) y accesoriedad de acto. DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, 'Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental', *revista penal*, nº 4 (septiembre-octubre 1999). p. 37

<sup>661</sup> DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una valoración administrativa ilícita*, (Cedecs, Barcelona, 1996) p. 63-64. Y BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, 'Cuestiones derivadas de la concurrencia del Derecho penal y del Derecho administrativo en materia de tutela de medio ambiente', *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 7 (2003). p. 158-159.

<sup>662</sup> “La estructura del art. 325 es la de una remisión parcial y dinámica al ordenamiento administrativo sectorial” SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, (Colección Justicia Penal. Atelier, Barcelona, 2012) p. 78.

<sup>663</sup> CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU & GALLEGU SOLER, JOSÉ IGNACIO, 'Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito ambiental: ne bis in idem material y procesal (Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre)', *Actualidad Penal*, nº 8 (febrero de 2000). p. 172

También se teme que esto suponga la difuminación de un auténtico bien jurídico-penal “a favor de la tutela de las simples facultades de la Administración de control de las agresiones medioambientales” y se manifiesta que la remisión a la normativa administrativa entraña riesgos ya que ésta no siempre es clara, completa o sistematizada<sup>664</sup>.

A pesar de que, como señala Vercher Noguera<sup>665</sup>, ya sólo plantearse la accesoriedad del Derecho penal respecto del Derecho administrativo puede producir repulsa o rechazo por las lógicas expectativas garantistas que deben flanquear al Derecho penal, no podemos obviar que esta dependencia existe como consecuencia de la transformación de la sociedad y de su actual complejidad. Además, hay que tener en cuenta que muchos de los nuevos delitos del Código penal son antiguas infracciones administrativas. En mi opinión, el modelo de accesoriedad relativa es el adecuado, ya que la protección medioambiental es un tema de extraordinaria complejidad y que reúne multitud de posibilidades, lo que haría que el sólo uso del Derecho penal fuera insuficiente. A mi modo de ver, se hace necesaria una normativa administrativa para el adecuado control y protección del medio ambiente *a priori*, pues el Derecho administrativo es más ágil que el penal. Además, dada la evolución tecnológica e industrial, resulta precisa una regulación que concilie esta actividad con la protección medioambiental y en este conflicto de intereses el Derecho administrativo es el gran conciliador, ya que regula en un gran número de normas la posibilidad de la explotación de los recursos naturales, pero estableciendo los límites para no perjudicar al medio ambiente<sup>666</sup>.

---

<sup>664</sup> BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, 'Cuestiones derivadas de la concurrencia del Derecho penal y del Derecho administrativo en materia de tutela de medio ambiente', *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 7 (2003). p. 159

<sup>665</sup> VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'Delitos contra el medio ambiente: consideraciones sobre la dependencia y el principio non bis in idem en la relación derecho penal-derecho administrativo', en MANUEL RAMÓN LLAMAS MADURGA & PEDRO BRUFAO CURIEL (eds) *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económico* (Mundi-prensa libros S.A., Madrid, 2003) pp. 180-181.

<sup>666</sup> Vid. DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una valoración administrativa ilícita*, (Cedecs, Barcelona, 1996) p. 61.

Lo que no me parece defendible es la accesoriedad absoluta, pues no olvidemos que el medio ambiente es un importantes bien jurídico-penal y que, por tanto, nunca podría subordinarse, para su defensa, el ordenamiento criminal a cualquier otro ordenamiento jurídico. Lo que pretendo señalar es que debe garantizarse la adecuada protección y seguridad del medio ambiente como auténtico y claramente perfilado bien jurídico-penal, sin que pueda resultar difuminado o desdibujado. Debe ser protegido dotándolo de un amparo proporcionado por el mayor garante de los ordenamientos, el que tiene la misión de velar por las urgencias vitales. Y todo esto no puede conseguirse con una técnica legislativa que sitúe al Derecho penal en un plano de absoluta dependencia del Derecho administrativo. También debería garantizarse que nunca las sanciones administrativas resultasen más gravosas que las penales pues el Derecho penal es el máximo garante de los bienes jurídicos.

Esta accesoriedad relativa implica un método de tipificación que permita la relación entre ambos ordenamientos, lo que se ha solucionado recurriendo a la técnica de las leyes penales en blanco<sup>667</sup>, a la que dedicaremos el capítulo siguiente, dada la problemática, conflictos, cuestiones y objeciones que dicha técnica comporta.

## **3.2. PROBLEMÁTICA DE LAS LEYES PENALES EN BLANCO**

### **3.2.1. Concepto y origen**

La denominación “ley penal en blanco”, se refiere a aquellos supuestos en que una disposición deja todo o parte del supuesto de hecho sin enunciar, remitiéndose a otras disposiciones que son las que lo completan.

---

<sup>667</sup> Señala Vercher Noguera que “la ley penal en blanco nos permite comprobar la existencia de una indiscutible relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo en el contexto penal ambiental. Hasta tal punto es importante esa relación que, tal como se decía y a tenor de la redacción del propio art. 325, la existencia previa de una infracción administrativa constituye una condición indispensable para que tenga lugar el delito contra el medio ambiente”. VERCHER NOGUERA, ANTONIO, et al., *Responsabilidad ambiental penal, civil y administrativa*, (Ecoiuris, Madrid, 2003) p. 50.



Mir Puig lo explica señalando que la mayoría de las proposiciones jurídico-penales no expresan normas penales completas en cuanto a su contenido, “ello es posible, sin que la disposición deje de ostentar la estructura necesaria en toda proposición jurídica, a través de la remisión a otras disposiciones a las que se encarga “rellenar” el vacío existente en el precepto remitente”. Éste es el caso de las “leyes penales en blanco”<sup>668</sup> o, también, “se habla de leyes penales en blanco para referirse a ciertos preceptos penales principales que, excepcionalmente, no expresan completamente los elementos específicos del supuesto de hecho de la norma secundaria, sino que remiten a otro u otros preceptos o autoridades para que completen la determinación de aquellos elementos”<sup>669</sup>. Bacigalupo, por su parte, se refiere a ella señalando que “la teoría y jurisprudencia españolas utilizan el concepto de ley penal en blanco, entendiendo por tal los casos en los que la prohibición o el mandato de acción se encuentra en disposiciones distintas de la ley que contiene la amenaza penal”<sup>670</sup>. Muñoz Conde y García Arán simplifican, conceptuando las leyes penales en blanco como aquellas “cuyo supuesto de hecho se configura por remisión a una norma de carácter no penal” o, de manera menos escueta, las describen como aquellas leyes en que parte de su estructura “(generalmente, parte de la definición del supuesto de hecho) no se contiene en la propia ley penal sino que ésta se remite a una norma distinta”.<sup>671</sup>

Elisa Moreu, en la definición que hace de las leyes penales en blanco, ya introduce el elemento que va a resultar el generador de la polémica sobre la posible ilegalidad, e incluso inconstitucionalidad, de su uso: “A través de esta técnica, el legislador penal tipifica delitos cuyos supuestos de hecho quedan deferidos (como remisiones de distinto alcance) a otras instancias normativas que pueden ser de rango

---

<sup>668</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., (BdF, Buenos Aires, 2003) p. 36.

<sup>669</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed., (Reppertor, Barcelona, 2011) p. 66.

<sup>670</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE, *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., (Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A., Barcelona, 2005) p. 193.

<sup>671</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO & GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte general.*, 8ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 2010) pp. 38 y 162.

inferior al legal, lo que plantea importantes problemas de legitimidad constitucional”<sup>672</sup>. Más adelante ahondaremos en este conflicto.

El uso de esta técnica legislativa ha resultado –y resulta- tan controvertido que el propio Tribunal Constitucional ha dado su definición: “*Se trata, pues, de una ley penal de las denominadas por la doctrina «en blanco», que impone taxativamente la consecuencia jurídica, pero cuyo supuesto de hecho no se encuentra totalmente previsto en ella, sino que requiere de un complemento previsto en otra norma; la norma penal se remite a otra norma de naturaleza no penal, que se integra de este modo en la definición del delito o falta*”<sup>673</sup>. Declarando más recientemente lo que ha de entenderse por norma penal en blanco en las SSTC 57/2010, de 4 octubre, a cuyo tenor, “*el actual art. 305 del Código Penal de 1995 se configura como un «tipo penal en blanco», esto es, como una norma penal incompleta en la que «la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra agotadoramente prevista en ella, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta», en la que los términos de la norma penal «se complementan con lo dispuesto en Leyes extrapenales*”<sup>674</sup>; y en la 101/2012, de 8 de mayo: “*Estamos, en consecuencia, ante un precepto que presenta una innegable estructura de ley penal en blanco, por cuanto la definición de la conducta típica incorpora un elemento normativo (la caza o pesca de especies no autorizadas expresamente) cuyo significado, en lo que ahora exclusivamente nos importa, sólo puede precisarse acudiendo a las normas específicas que determinan cuáles son las especies cinegéticas autorizadas de modo expreso*”<sup>675</sup>.

En cuanto al origen de esta técnica legislativa, procede del Derecho alemán y en concreto fue Binding quien recurre por primera vez al término “leyes penales en blanco” (“blankettstrafgesetze”) para explicar los casos de delegación y autorización de la

---

<sup>672</sup> MOREU CARBONELL, ELISA, 'Relaciones entre el Derecho administrativo y el Derecho penal en la protección del medio ambiente', *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 87 (1995). p. 387

<sup>673</sup> SSTC 120/1998, de 15 de junio [RTC 1998/120], FJ 2, 87/2001 de 2 abril [2001/87], FJ 8 y 34/2005, de 17 de febrero [RTC 2005/34] FJ 3.

<sup>674</sup> STC 57/2010, de 4 octubre [RTC 2010\57], FJ 4. *Vid.* también SSTS 127/1990, de 5 de julio [RTC 1990/127], FJ 3, 62/1997, de 7 de abril [RTC 1997/62], FJ 4, 24/2004, de 24 de febrero [RTC 2004/24], FJ 3, 283/2006, de 9 de octubre [RTC 2006/ 283], FJ 7 y 8.

<sup>675</sup> STC 101/2012, de 8 de mayo, FJ 4

autoridad imperial, esto es, de la ley del Imperio (Código penal del Reich) sobre la estatal de los Länder o Estados federales, en Alemania. El problema a solucionar, por tanto, era el de la jerarquía de fuentes entre distintas instancias legislativas. Es decir, la ley penal en blanco en su origen fue concebida por Binding como la delegación o autorización que un órgano legislativo superior realiza respecto de otro/s de inferior jerarquía.

Más adelante, se da un paso más y se amplía el concepto, sobre todo con Mezger, quien añade dos posibilidades más: una, que la norma que complementa a la ley penal en blanco se encuentre en la misma ley o bien, dos, que se encuentre en otra ley, pero que emana de la misma instancia legislativa<sup>676</sup>.

En estos tres supuestos Mezger (el señalado por Binding más estas otras dos posibilidades) entiende que nos encontramos ante una ley penal en blanco *strictu sensu*, pues, al fin y al cabo, sólo se trata de modos singulares de técnica legislativa ya que el complemento necesario forma parte del tipo y una vez el tipo esté completo cumple las mismas funciones que en el caso de las leyes normales<sup>677</sup>.

---

<sup>676</sup>Vid. MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed., (Reppertor, Barcelona, 2011) p. 66. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) pp. 407 y 409. GARCÍA COSTA, FRANCISCO MANUEL, 'A vueltas con la ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código penal', en JAIME MIGUEL PERIS RIERA & PABLO CUESTA PASTOR (eds) *La tutela penal del agua* (Dykinson, Madrid, 2011)

<sup>677</sup> Mezger distingue entre tipos cerrados y tipos que necesitan un complemento, refiriéndose éstos últimos a las leyes penales en blanco. Así distingue Mezger los distintos tipos de leyes: “Por tipos cerrados, entendemos los tipos que llevan en sí mismos todas las características del hecho punible correspondiente. Casi todas las disposiciones de la parte especial se refieren a este grupo de tipos. (...). Por leyes penales en blanco, entendemos en cambio, aquellos tipo que en la forma externa (y no, por lo tanto, por necesitar una valoración como ocurre en el caso previsto en el N.I,2b) remiten a complementos que se encuentran fuera de ellos. Esta técnica legal es frecuente en las leyes jurídico-penales accesorias (...). Se distinguen: a) leyes penales en blanco en sentido amplio, en las cuales el necesario complemento está contenido en la misma ley o, por lo menos, en otra ley emanada de la misma autoridad legislativa (...). b) leyes penales en blanco en sentido estricto, en las cuales el necesario complemento está contenido en una ley emanada de otra autoridad legislativa, por ejemplo, una sanción penal establecida en una ley del Reich contra una infracción a normas de los Estados”. MEZGER, EDMUND, *Derecho Penal. Libro de estudio. Parte general*, (Editorial bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1958) p. 154.

En realidad, la controversia en torno a las leyes penales en blanco empieza desde el momento en que se pretende dar una definición o concepto de las mismas, lo que ha dado lugar a multitud de clasificaciones. No obstante, la adoptada mayoritariamente por la doctrina es la que distingue una doble clasificación: leyes penales en blanco propias o en sentido estricto y leyes penales en blanco impropias o en sentido amplio, por un lado, y leyes total o parcialmente en blanco, por otro<sup>678</sup>. En cuanto a la primera clasificación, son leyes penales en blanco propias o en sentido estricto, aquellas en las que el tipo se complementa con remisiones a normas de rango inferior a la ley; mientras que en las normas penales en blanco impropias o en sentido amplio, ese complemento se encuentra en otra ley –reenvío externo- o en la misma ley –reenvío interno-. En segundo lugar, las leyes penales totalmente en blanco son aquellas en que el tipo penal se caracteriza por una total ausencia de concreción, relegándose la determinación de todo el ámbito punible a una instancia inferior; por su parte, en las leyes parcialmente en blanco, sólo se remiten algunos elementos del tipo. Existe unanimidad doctrinal en inadmitir las leyes penales totalmente en blanco, por suponer un claro quebrantamiento del principio de legalidad.<sup>679</sup>

Rodríguez Devesa y Serrano Gómez consideran a las leyes penales blanco como leyes necesitadas de complemento, señalando que “las posibilidades de remisión son tres: a) la ley se remite a otro precepto contenido en la propia ley penal, b) la ley se

---

<sup>678</sup> Vid., entre otros: GARCÍA ARÁN, MERCEDES, 'Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal', *Estudios penales y criminológicos*, nº 16 (1992-1993). p. 66, MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., (BdF, Buenos Aires, 2003) pp. 37-39. BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, 'La problemática de las normas penales en blanco', en PATRICIA FARALDO CABANA (ed) *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2011) p. 106.

<sup>679</sup> García Pablos distingue tres posiciones respecto a las leyes penales en blanco: 1) la *extensiva*, que incluye todos los casos en que la norma penal no incorpora su presupuesto de hecho, incluso si el complemento se encuentra en otro artículo de la misma ley. A García Pablos esta tesis no le convence porque confunde ley incompleta con ley penal en blanco. 2) la *restrictiva* en la que lo definitorio para que una ley sea considerada “en blanco” es que la remisión se haga a una norma de rango inferior y no que haya de ser complementada. 3) la *intermedia* –y mayoritaria-, en que lo determinante para que una ley se considere “en blanco”, es que el supuesto de hecho se encuentre fuera de la disposición misma, con independencia del rango de la norma que haya de completarla. Ésta última es la opción por la que este autor se decanta. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) pp. 414 y ss.

remite a otra distinta y, c) la ley se remite a una disposición de rango inferior, por ejemplo a un reglamento”<sup>680</sup>.

Aunque existen autores que defienden la concepción amplia de las leyes penales en blanco<sup>681</sup>, la inmensa mayoría de la doctrina niega tal carácter a aquellos supuestos en el que el complemento se halla en el mismo cuerpo legal, pues, como razona Mir Puig, “es mera cuestión de técnica legal el número de artículos que se utilice para expresar una norma dentro de una misma ley”<sup>682</sup>.

En mi opinión, ley penal en blanco es un concepto que únicamente debería referirse a aquellos casos en que una norma penal se remite para ser completada a otra norma extrapenal, es decir no contenida en el mismo cuerpo legal de la norma incompleta, con independencia del rango jerárquico de la misma. Lo importante, a mi modo de ver, para calificar o no una ley penal en blanco es que la norma penal contemple un supuesto de hecho que deba ser explicitado fuera de ella. Es decir, como elementos esenciales para hablar de ley penal en blanco deben darse dos: norma penal incompleta y remisión para su “terminación”.

En cuanto a la disquisición sobre si cuando un precepto remite a una “disposición de carácter general”, hay que entender sólo remisión a reglamentos o también a actos administrativos, coincido con la totalidad de la doctrina en que sólo deben ser consideradas lícitas las remisiones a reglamentos, sin siquiera cuestionarse si el reenvío se puede referir o no a un acto administrativo.

Los grandes problemas se suscitan en el ámbito de las remisiones a normas de inferior jerarquía y a la normativa autonómica. También en los requisitos que debe mínimamente cumplir toda ley penal en blanco.

---

<sup>680</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA & SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho Penal Español. Parte General.*, 18ª ed., (Dykinson, Madrid, 1995) pp. 188 y 189.

<sup>681</sup> Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA & SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho Penal Español. Parte General.*, 18ª ed., (Dykinson, Madrid, 1995) pp. 188 y 189.: “En los tres casos, por más que algunos consideren como ley penal en blanco en sentido propio tan sólo al último, (...)”.

<sup>682</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed., (Reppertor, Barcelona, 2011) p. 67.

### 3.2.2. Justificación y crítica doctrinal y jurisprudencial

#### 3.2.2.1. Justificación

La **justificación** de esta técnica legislativa ya no se circunscribe al fundamento originario que concibió Binding, esto es, una autorización a una instancia inferior en un Estado federal.

Hoy día, la justificación se encuentra en nuestra concreta situación histórica, pues nos encontramos ante un alto grado de desarrollo industrial, técnico y económico muy ágil, muy rápido, cambiante y variado, y el Derecho penal debe adaptarse a las actuales circunstancias.

Hay determinadas materias reguladas en nuestro Código penal -especialmente la medioambiental, que es el caso que nos ocupa, aunque también otras como la salud, la laboral o el orden económico, por ejemplo- que son muy complejas y cambiantes, con tal variedad de matices a la hora de la realización del hecho punible, que resulta muy difícil recogerlos en un único texto articulado dada la gran precisión que requiere su tratamiento. Por ello, los autores justifican la utilización de las leyes penales en blanco y su remisión a una norma administrativa (el reglamento). Entre otros argumentos se alega que ello puede proporcionar mayor seguridad jurídica, ya que la conducta queda perfectamente concretizada en el reglamento, lo que proporciona mayor seguridad que la utilización por el Código penal de términos vagos e indeterminados<sup>683</sup>

También se alega que la actividad legislativa en los sectores anteriormente citados es incesante por lo que si se incluyeran las conductas que forman el supuesto de hecho en la misma redacción de la norma penal habría que estar modificando

---

<sup>683</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO & GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte general.*, 8ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 2010) p. 113. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, 'Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio ambiente. Problemas que suscita desde la perspectiva del Derecho penal', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador* (CGPJ, Madrid, 1997) p. 444.

continuamente el Código penal o quedaría sin aplicación<sup>684</sup>. De esta manera el Derecho penal puede reaccionar rápidamente “frente a las novedades que aporta el derecho tecnológico y científico, asumir los cambios económicos que se producen y afrontar, sobre todo, la evolución del contexto social en su conjunto”<sup>685</sup>, ya que el Derecho administrativo cuenta con la posibilidad de regular con mayor celeridad todas estas nuevas necesidades normativas que el Derecho penal, lo que permite, gracias a estas remisiones que el Derecho penal esté siempre al día.

García Pablos llega a considerar “imprescindible” la utilización de las leyes penales en blanco como instrumento de “apertura y coordinación del Derecho penal hacia los distintos sectores y subsistemas del ordenamiento donde los nuevos bienes jurídicos emergentes encuentran su *prima ratio* jurídica”<sup>686</sup>. E incluso, otros autores, la consideran la técnica más adecuada para integrar el Derecho penal con las normas extrapenales dada la carencia, por parte del legislador penal, de una exhaustiva descripción de los tipos penales. Así Quintero Olivares, por ejemplo, considera que “ la ley penal en blanco aparece como una técnica legislativa necesaria para la apertura del Derecho penal a los distintos ámbitos de regulación, donde estos bienes jurídicos encuentran su «*prima ratio*» jurídica (derecho medioambiental, derecho urbanístico y de ordenación territorial, derecho de las sociedades mercantiles, etc.). En este sentido, puede indicarse que la ley penal en blanco constituye un mecanismo de integración o interrelación del Derecho penal en los modelos institucionales de organización y control de determinados sectores complejos de actividad”<sup>687</sup>.

---

<sup>684</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO & GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte general.*, 8ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 2010) p. 38.

<sup>685</sup> VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'Delitos contra el medio ambiente: consideraciones sobre la dependencia y el principio non bis in idem en la relación derecho penal-derecho administrativo', en MANUEL RAMÓN LLAMAS MADURGA & PEDRO BRUFAO CURIEL (eds) *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económico* (Mundi-prensa libros S.A., Madrid, 2003) pp. 181-182. Sostiene este autor, que precisamente por esta cuestión “la hoy inevitable relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo posiblemente siga siendo igual de inevitable en el futuro”.

<sup>686</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 413.

<sup>687</sup> QUINTERO OLIVARES, GONZALO, et al., *Manual de Derecho penal*, 3ª ed., (Aranzadi, Madrid, 2002) p. 63.

### ***Excurso: Tolerancia activa de la Administración***

Antes de pasar a las críticas que esta técnica recibe, creo conveniente hacer mención a un elemento sobre el que Vercher Noguera ha llamado la atención. Efectivamente, las leyes penales en blanco que más problemas plantean son aquellas que se remiten a normas de rango inferior, esto es, a reglamentos. Es el caso del art. 325 Cp que habla de contravenir “las Leyes u otras disposiciones de carácter general”. Pues bien, es lo cierto que, al hablar de infracciones administrativas, sobre todo en medio ambiente, nos encontramos con una actitud tolerante por parte de la Administración. Es lo que se denomina “tolerancia activa”, que ocurre “cuando la Administración, en el proceso de consecución del crecimiento económico, decide no intervenir contra quien infringe las normas administrativas ambientales. Se trata , en consecuencia de supuestos en los que se legitima tales infracciones y se dejan de aplicar las correspondientes sanciones a los autores de las mismas”<sup>688</sup>.

Dado que los casos de “tolerancia activa” por parte de la Administración son más comunes de lo que pueda parecer, ya hay alguna sentencia en la que el Tribunal Supremo hace referencia a este tema, como, por ejemplo, la STS nº7/2002 de 19 de enero, donde en su Fundamento de Derecho 3º aduce: *“Ello, sin embargo, no alteraría la tipicidad penal de su conducta ni su culpabilidad, como tampoco las alteraría la presunta pasividad –o tolerancia– de la Administración, toda vez que el deber de establecer las medidas correctoras de la contaminación incumbe, como subraya el Ministerio Fiscal, a quien provoca las emisiones o vertidos contaminantes. Siendo así, es claro que la falta de constancia, en la declaración probada, de las citadas gestiones, por su irrelevancia para la calificación jurídica y el fallo, no puede ser conceptuada como error de hecho en la apreciación de la prueba, lo que nos debe llevar a la desestimación del primer motivo del recurso que ahora analizamos”*. Y en el FD 8º añade: *“En segundo lugar, siendo asimismo innegable la relativa tolerancia con que la Administración autonómica presenció durante algún tiempo el incumplimiento, por la*

---

<sup>688</sup> VERCHER NOGUERA, ANTONIO, et al., *Responsabilidad ambiental penal, civil y administrativa*, (Ecoiuris, Madrid, 2003) p. 50, nota 75.



*empresa RESISA y por quienes en ella tenían específicas funciones al respecto, de los deberes impuestos por las normas protectoras del medio ambiente, también lo es que ni aquella actitud de tolerancia, ni la ilegal resolución de la Junta de Saneamiento de la Consejería de Medio Ambiente de 29 de marzo de 1993, autorizando verter durante veinticuatro meses por encima de los máximos legalmente permitidos, podían convertir en lícita una actividad típicamente antijurídica, de lo que no podían menos de ser conscientes los acusados”<sup>689</sup>.*

Parece altamente criticable que, por un lado, estemos poniéndonos en la vanguardia de la legislación y regulación de las actividades que afectan al medioambiente (también es cierto, que ello obligado por nuestra pertenencia a la Unión Europea) y, por otro lado, precisamente desde los órganos encargados de tal vigilancia y regulación existan estas actitudes permisivas.

### **3.2.2.2. Críticas**

Volviendo al tema que nos ocupa, las leyes penales en blanco, aunque es cierto que se reconoce el fundamento para su utilización no es menos cierto que la misma genera una cantidad enorme de críticas y cuestionamientos, sobre todo cuando la remisión para la complementación de la norma se realiza a una norma jerárquicamente inferior que ya no emana del Poder Legislativo (único autorizado a emitir normas con carácter de ley), sino del Poder Ejecutivo (encargado de la redacción de los reglamentos).

Así, las principales **críticas** que se oponen a la utilización de esta técnica son fundamentalmente su posible conculcación con los principios de legalidad, competencia y seguridad jurídica.

Respecto al principio de **legalidad**, se argumenta que dejar en manos de las autoridades administrativas la determinación de parte de un supuesto de hecho típico vulnera la reserva de ley reconocida constitucionalmente en materia penal y también

---

<sup>689</sup> STS 7/2002, de 19 de enero [RJ 2002\1315], Fundamentos de Derecho 3º y 8º.

supone la ruptura con el principio de división de poderes propia de un Estado de Derecho<sup>690</sup>.

---

<sup>690</sup> Doctrina y Jurisprudencia coinciden en señalar que el reconocimiento del principio de legalidad está contenido en el art. 25.1 CE, a cuyo tenor: “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Sin embargo, dada la escueta redacción del mencionado precepto, cuesta *a priori* “ver” el concreto mandato que especifique que la materia penal únicamente podrá ser regulada por ley. Así, se hace necesario acudir a la interpretación y explicación que del mismo hace nuestro Tribunal Constitucional, quién ha abordado este tema, entre otras, en las siguientes sentencias: La STC 2/1981, de 30 de enero [RTC 1981\2], FJ 4, reconoce que “*los principios de legalidad y tipicidad [están] recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución*”. En la STC 6/1981, de 30 de marzo [RTC 1981\8], FJ 3, señala que “*por su parte el artículo 25.1 de la Constitución constitucionaliza el principio de legalidad penal de manera tal que prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas (Título IV, capítulo segundo de la Constitución)*”, y en su FJ 4, que “*el principio de legalidad penal contenido en el artículo 25.1 exige que la tipificación del delito y la fijación de la pena se hagan por norma legal y, por consiguiente, que la eventual extinción o modificación del tipo o la alteración de la pena hayan de realizarse asimismo por norma de igual rango*”. La STC 15/1981, de 7 de mayo [RTC 1981\15], FJ 7, dictamina que “*el « principio de legalidad » (...) se traduce en la « reserva absoluta » de Ley*”. Por último seguimos viendo esta misma concepción en su más reciente jurisprudencia. Así, la STC 126/2011, de 18 de julio [RTC 2011\126], en su FJ 16 dispone que “*El tercer motivo de la demanda de amparo se funda en la lesión de los principios non bis in idem, de legalidad y de tipicidad del art. 25 CE*”. La STC 77/2010, de 19 de octubre [RTC 2010\77], en su FJ 4a reitera lo dicho en la STC 2/1981, afirmando que “*Ya en la STC 2/1981, de 30 de enero, se situó el principio non bis in idem bajo la órbita del artículo 25.1 CE, a pesar de su falta de mención expresa, dada su conexión con las garantías de tipicidad y legalidad de las infracciones*”. En la STC 91/2009, de 20 de abril [RTC 2009\91], FJ 7, podemos leer “*En el último motivo de amparo invoca nuevamente el demandante el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE)*”. Por último, podemos citar la STC 48/2007, de 12 de marzo [RTC 2007\48], FJ 3a, según el cual, “*Desde la STC 2/1981, de 30 de enero, hemos afirmado que el principio non bis in idem integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones*”. Por su parte, los artículos 1, 2 y 3 de nuestro Código penal también recogen este principio de reserva de ley en materia penal, al disponer que “*no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración*” (art. 1.1 Cp); “*No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad*” (art. 2.1 Cp); “*No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales*”. Vid. ARROYO

Entre quienes más duramente critican la utilización de la técnica legislativa de las leyes penales destacan Cobo del Rosal y Quintanar Díez que llegan a calificarlas como un “método de elusión del monopolio de la ley”, y es que, para ellos, las mayores agresiones al principio de legalidad proceden de la propia ley. En concreto, al hablar de este tema, consideran que debe ser una Ley Orgánica la que describa el tipo penal en sus caracteres esenciales sin que se pueda remitir ninguno de los elementos estructurales del tipo a una norma de rango inferior. Para este autor la admisibilidad de las normas penales en blanco “siempre, y en todo caso, vulnera el principio de legalidad en la medida en que la reserva absoluta de Ley orgánica impide cualquier remisión normativa”. Para este autor las leyes penales en blanco representan “negaciones del principio de legalidad, que conducen, sin ninguna duda a la negación de la seguridad jurídica y a la aparición del denominado por Bettiol *terror penal*”.<sup>691</sup>

En el mismo sentido, Casabó Ruíz opina que “la loable idea de extender el principio de legalidad a las infracciones administrativas ha conducido a un claro debilitamiento de la garantía penal (...). Se ha sacrificado, pues, una de las manifestaciones fundamentales del principio de legalidad, cual es la reserva de ley, es decir, que sólo una norma con rango de ley pudiera delimitar las conductas constitutivas de delito”.<sup>692</sup>

También se muestra muy crítico con este método, aunque entiende su utilización en determinadas ocasiones, Luzón Peña, quien considera que “el recurso a tal técnica ha de ser absolutamente excepcional por resultar estrictamente necesario, imprescindible, y no meramente conveniente, para completar la descripción típica”. Reconoce este autor que hay determinados campos (y cita entre los ejemplos, precisamente el del medio ambiente) en que la complejidad técnica o el carácter altamente cambiante de los avances técnicos o de investigación no permite más recurso que el de la remisión. Sólo

---

ZAPATERO, LUIS, 'Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal', *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 8 (1983). pp. 9 y ss.

<sup>691</sup> COBO DEL ROSAL, MANUEL & QUINTANAR DÍEZ, MANUEL, *Instituciones de Derecho penal español. Parte general*, 2ª reimpr. (CESEJ, Madrid, 2008) pp. 83 y ss.

<sup>692</sup> CASABÓ RUIZ, JOSÉ R., 'La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente', *Estudios penales y criminológicos*, V (1980-1981). p. 249

en estos supuestos considera que no vulnera el principio de legalidad tal y como viene recogido en la Constitución. Ahora bien, critica que el TC no se haya mostrado suficientemente estricto y preciso al formular los requisitos que debe cumplir toda norma penal en blanco para considerar que respeta el principio de legalidad, requisitos que veremos más adelante. Además, para él, la mera conveniencia o flexibilidad, por muy ventajosa que sea, no basta para justificar una excepción o limitación material al mandato de reserva de ley. Mucho más inflexible se muestra en la no aceptación de aquellos supuestos en que la remisión se produzca únicamente por pereza legislativa o por voluntad de dejar a merced de la potestad reglamentaria lo que debería, y podría, ser definido por el legislador penal. Y añade que, si fuese estrictamente necesaria la remisión, la ley remitente debería seleccionar y concretar la clase de normas a que remite y precisar cuál es su finalidad <sup>693</sup>.

Álvarez García, haciendo referencia al abandono de la codificación como técnica de tipificación penal a favor de la legislación especial, sostiene que “el principio de legalidad se verá, en esa legislación, más fácilmente vulnerado, mediante el recurso a tipos indeterminados, abiertos, e, incluso, la alegación indisimulada a la analogía creadora, así como por el reconocimiento de un amplísimo, excesivo, arbitrio judicial”<sup>694</sup>.

Gran parte de la doctrina transige resignadamente con este técnica -sobre todo a partir de que el Tribunal Constitucional, como veremos más adelante, la admite con unos determinados requisitos-, aunque matizando que sólo debería ser usada en casos excepcionales. Como manifiesta Brandaríz García: “cabe intuir en tales planteamientos una cierta orientación pragmática”. Ciertamente, se asume que determinadas materias imposibilitan el completo acotamiento de las actuaciones prohibidas, por lo que ha de acudir, en mayor o menor medida, a la remisión normativa a través de las leyes

---

<sup>693</sup> LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Curso de Derecho penal, parte general, I*, 1ª ed. 3ª reimpr., (Editorial Universitas, S.A., Madrid, 2010) pp. 150-153.

<sup>694</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER, *Sobre el principio de legalidad*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 121.

penales en blanco<sup>695</sup>.

Arroyo Zapatero, por ejemplo, sólo entiende admisible la ley penal en blanco cuando es el “resultado de la necesidad y no de la mera conveniencia”<sup>696</sup>.

En el mismo sentido, Rodríguez Mourullo expresa que “fuera de los casos en los que la propia naturaleza de las cosas impone semejante técnica legislativa [la remisión normativa], el principio de legalidad prohíbe reenviar al Poder Judicial o Ejecutivo el trazado de las fronteras de lo punible”<sup>697</sup>.

De la misma manera Cerezo Mir, al referirse a las leyes penales en blanco, afirma que “esta técnica sólo es aceptable cuando sea necesaria por razones de técnica legislativa (por resultar en otro caso la regulación legal excesivamente casuística y farragosa) o por el carácter extraordinariamente cambiante de la materia objeto de la regulación que exigiría una revisión muy frecuente de las acciones prohibidas u ordenadas”<sup>698</sup>.

En lo que toda la doctrina coincide<sup>699</sup> y estoy también absolutamente de acuerdo

---

<sup>695</sup> BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, 'La problemática de las normas penales en blanco', en PATRICIA FARALDO CABANA (ed) *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2011) pp. 106 - 119.

<sup>696</sup> ARROYO ZAPATERO, LUIS, 'El "ne bis in idem" en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social.', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador* (CGPJ, Madrid, 1997) pp. 9 y ss.

<sup>697</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, *Derecho penal, parte general*, (Civitas, Madrid, 1978) p. 62.

<sup>698</sup> CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2004) p. 191.

<sup>699</sup> Vid. HUERTA TOCILDO, SUSANA, 'Principio de legalidad y normas sancionadoras', en *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* (Tribunal Constitucional. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2000) p. 24., GARCÍA ARÁN, MERCEDES, 'Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal', *Estudios penales y criminológicos*, nº 16 (1992-1993). pp. 65 y ss. y DOVAL PAIS, ANTONIO, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) p. 167. quien, mostrándose de acuerdo con esta autora, defiende que “la caracterización esencial de la prohibición penal sólo se puede alcanzar mediante la descripción de todos los elementos

es en considerar inconstitucionales aquellas leyes penales en blanco que supongan una remisión en bloque o *in toto*, es decir, que constituyan una habilitación del reglamento para definir delitos, una habilitación normativa genérica e indeterminada que no ponga límites en la fijación del ilícito penal<sup>700</sup>.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 127/1990, ha zanjado esta discusión con la admisión de la técnica de la remisión a reglamentos, pero siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: que el reenvío sea expreso, que dicho reenvío esté justificado en razón del bien jurídico protegido, que la norma penal, además de establecer la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y que la norma penal necesite del complemento indispensable de la norma extrapenal única y exclusivamente para una total precisión. Dice el FJ 3b de la mencionada STC 127/1990. “*Las exigencias expuestas no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62/1982) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas,*

---

que dotan de un sentido singular al injusto típico. En el mismo sentido: BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, 'La problemática de las normas penales en blanco', en PATRICIA FARALDO CABANA (ed) *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2011) p. 117., CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2002) p. 191 y ss., CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) p. 122., OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, (Sección de publicaciones. Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1981) p. 185., MUÑOZ CONDE, FRANCISCO & GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte general.*, 8ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 2010) pp. 113-114., GARCÍA COSTA, FRANCISCO MANUEL, 'A vueltas con la ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código penal', en JAIME MIGUEL PERIS RIERA & PABLO CUESTA PASTOR (eds) *La tutela penal del agua* (Dykinson, Madrid, 2011) p. 301.,

<sup>700</sup> Vid. ARROYO ZAPATERO, LUIS, 'Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente', en *Estudios jurídicos en memoria del profesor dr. d. José Ramón Casabó Ruíz. Vol. I* (Universidad de Valencia. Instituto de Criminología, Valencia, 1997) y MUÑOZ CONDE, FRANCISCO & GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte general.*, 8ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 2010) p. 114.

*debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada Sentencia 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la forma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”<sup>701</sup>.*

Queda, por tanto, solucionado y admitido por el Tribunal Constitucional el uso de las leyes penales en blanco, aunque no por ello ha de considerarse una técnica legislativa idónea o adecuada. Creo, al igual que los autores antes mencionados, que esta técnica implica un peligro de resquebrajamiento de la división de poderes que ha de suponer todo Estado de Derecho al dejar en manos, del Poder Ejecutivo cuando las remisiones se realizan a disposiciones de carácter general –entendiéndose por tales únicamente los Reglamentos y no los actos administrativos-, en lugar de estar únicamente en manos de quien corresponde: el Poder Legislativo. Por ello, debería acudirse a ellas únicamente en aquellos supuestos en que así lo exija la complejidad de la materia a tratar.

Otra cuestión que se suscita con respecto al principio de legalidad es si la reserva de ley que éste implica, en cuanto a las normas sancionadoras penales, se entiende suficientemente observada con una ley ordinaria o es necesario que revista el carácter de Ley Orgánica. Dicho con otras palabras, si el principio de legalidad en materia penal ha de traducirse en una reserva de Ley Orgánica o basta la reserva de una norma con rango de ley formal, ya que ni el art. 25 ni el 9.3 CE lo exponen con claridad, al no precisar qué rango ha de tener la “ley” a que se refieren. Como bien señala García-Pablos “aspectos fundamentales del principio de legalidad, como la reserva absoluta de ley (ley formal) y la reserva de ley *orgánica* tampoco encuentran en la Constitución una

---

<sup>701</sup> STC 127/1990, de 5 de julio [RTC 1990\127], FJ 3b. Doctrina reiterada en las SSTC 101/2012, de 8 de mayo [RTC 2012\101], FJ 4, 45/1994 de 15 de febrero [RTC 1994\45], FJ 3 y 62/1994, de 28 de febrero [RTC 1994\62], FJ 3.

plasmación explícita e inequívoca”<sup>702</sup>.

La Jurisprudencia del TC no da una respuesta unívoca, sino que ha optado por distinguir aquellos supuestos en que la reserva de ley, que lleva aparejado el principio de legalidad en materia penal, se satisface con una ley ordinaria, de aquellos otros - vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere el art. 81 CE y/o penas privativas de libertad- en que dicha reserva de ley comporta la exigencia de una ley orgánica. Así, en su STC 25/1984, de 23 de febrero establecía que *“la «legislación» en materia penal o punitiva se traduce en la «reserva absoluta» de ley. Ahora bien, que esta reserva de ley en materia penal implique reserva de ley orgánica, es algo que no puede deducirse sin más de la conexión del artículo 81.1 con el mencionado artículo 25.1. El desarrollo al que se refiere el artículo 81.1 y que requiere ley orgánica, tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los «derechos fundamentales», un supuesto que, dados los términos en que la cuestión de constitucionalidad ha sido planteada, no nos corresponde aquí determinar”*<sup>703</sup>. En las SSTC 140/1986, de 11 de noviembre, señalaba que *“la formulación del principio de legalidad respecto de las normas sancionadoras penales contenido en el art. 25.1 de la C. E., supone la exigencia del rango de Ley formal para este tipo de normas; pero no implica, por sí solo, la necesidad de que asuman los caracteres de las Leyes Orgánicas”*<sup>704</sup>. STC 160/1986, de 16 de diciembre: *“[la] garantía legal del derecho a la libertad, se traduc[e], en virtud de las previsiones del art. 81.1 de la Constitución, en la exigencia de que las normas penales que previeran sanciones de privación de libertad asumieran carácter de Ley Orgánica”*<sup>705</sup>. Lo que, a *sensu contrario* permite deducir que sí es posible una reserva de ley ordinaria cuando no se trate de penas privativas de libertad. También podemos ver esta doble distinción en la STC 127/1990, de 5 de julio: *“el derecho a la legalidad penal comprende una doble garantía: por una parte, de carácter formal, vinculada a la necesidad de una ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado en los bienes jurídicos de los ciudadanos, que exige el rango necesario para las normas tipificadoras de las conductas punibles y de previsión de las correspondientes sanciones, que en el ámbito penal estricto, que es del que se trata en el presente supuesto, debe entenderse como de reserva*

---

<sup>702</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 483. Continúa manifestando este autor que “el amplio y equívoco término “legislación” (art. 25.1 CE) - introducido deliberadamente para extender la garantía al ámbito administrativo- necesita un correctivo”.

<sup>703</sup> STC 25/1984, de 23 de febrero [RTC 1984/25], FJ 3.

<sup>704</sup> STC 140/1986, de 11 de noviembre [RTC 1986/140], FJ 5.

<sup>705</sup> STC 160/1986, de 16 de diciembre [RTC 1986/160] FJ 4.



*absoluta de ley, e, incluso, respecto de las penas privativas de libertad de ley orgánica*”<sup>706</sup>; y en la STC 118/1992, de 16 de septiembre: “*con respecto al derecho a la legalidad penal, este Tribunal ha manifestado que comprende una doble garantía: Por un lado, una garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (lex certa), y por otro lado, una garantía de orden formal, consistente en la necesidad de una norma, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de Ley: Exigencia que, en el ámbito penal estricto, en el que nos movemos en el presente supuesto, debe implicar la reserva absoluta de Ley [SSTC 160/1986, 122/1987, 3/1988 y 29/1989, entre otras muchas]. Esta exigencia de Ley formal para las normas penales, que resulta del art. 25.1 CE no implica, por sí sola, la necesidad de que las normas penales hayan de revestir rango de Ley orgánica (STC 25/1984). Pero sí existe reserva constitucional en favor de la Ley orgánica, de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1, en relación con el art. 17.1 CE, respecto de las normas penales que establezcan penas privativas de libertad*”<sup>707</sup>.

En consonancia con esta dualidad a la hora de entender la reserva de ley penal se muestra Madrid Conesa quien, después de afirmar “que la Constitución española recoge una reserva absoluta de ley para la materia penal”, distingue, para dilucidar si la reserva ha de ser de ley ordinaria u orgánica entre los bienes jurídicos a proteger y la naturaleza de las penas a imponer: “En primer lugar, cuando por el bien jurídico protegido o por la naturaleza de la pena resulte afectado un derecho fundamental o una libertad pública de las reconocidas en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, la reserva de ley hará referencia a una reserva absoluta de ley orgánica. En segundo lugar, cuando por el bien jurídico protegido o por la naturaleza de la pena resulte afectado uno de los derechos a los que se refiere el art. 53.1 de la Constitución, esta reserva será de ley ordinaria y tendrá también, como se ha visto, el carácter de reserva absoluta”. Aunque, como él mismo admite después, la diferencia entre esta postura y la de los autores que defienden la reserva de ley orgánica siempre en materia penal hoy día tiene un alcance meramente teórico pues con el art. 53 Cp la pena de multa puede derivar en responsabilidad personal subsidiaria, lo que hace necesario que la misma se imponga por ley orgánica<sup>708</sup>. De Vicente Martínez opina que “a pesar de la distinción establecida

---

<sup>706</sup> STC 127/1990, de 5 de julio [RTC 1990/127], FJ 3A.

<sup>707</sup> STC 118/1992, de 16 de septiembre [1992/118] FJ 2.

<sup>708</sup> MADRID CONESA, FULGENCIO, *La legalidad del delito*, (Universidad de Valencia, Valencia, 1983) pp. 54-56.

por el Tribunal Constitucional se puede afirmar que el mismo no ha negado la existencia de reserva de ley orgánica para esta materia, simplemente no se ha pronunciado y que hace es acoger la demanda de amparo en cuanto las sentencias imponen una pena de privación de libertad prevista por una ley que no tiene el carácter de ley orgánica”<sup>709</sup>.

Sin embargo, en líneas generales, la doctrina penalista parece más inclinada a la exigencia de la reserva de Ley Orgánica cuando se trate de normas penales.

Así, García-Pablos justifica esta exigencia de Ley Orgánica, –a la que considera, “sin duda más que justificada”-<sup>710</sup>, haciéndola derivar del art. 81 CE en relación con el art. 53.1 CE<sup>711</sup>.

Álvarez García estima equivocada la tesis del TC “primero, porque todas las sanciones penales conllevan, directa o indirectamente, privación de libertad (...). Segundo, porque (...) todo tipo penal supone una coerción, una limitación de la libertad y (...) debería ser contemplada por la reserva de ley orgánica del artículo 81”<sup>712</sup>.

Muñoz Conde y García Arán entienden esta exigencia no únicamente porque sus sanciones puedan implicar directa o indirectamente privación de libertad, sino también porque “la ley penal expresa los intereses que la sociedad considera más importantes para la convivencia, destinando a su protección el instrumento más grave de que dispone. La

---

<sup>709</sup> DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, *El principio de legalidad penal*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2004) p. 128.

<sup>710</sup> “Exigencia, sin duda, más que justificada” según GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 483.

<sup>711</sup> Art. 81 CE: “1. Son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las Leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

Art. 51.1 CE: *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a.*

<sup>712</sup> ALVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) p. 23.

legitimación exclusivamente atribuida al legislador para elaborar la ley penal debe ejercerse con el máximo consenso posible en torno a su elaboración y promulgación, lo que resulta favorecido por la exigencia de la mayoría cualificada propia de las leyes orgánicas”<sup>713</sup>.

Cobo del Rosal subraya que “el tipo penal en sus caracteres esenciales debe estar descrito por Ley Orgánica sin que pueda ninguno de los elementos estructurales del tipo ser remitido a normas de rango inferior”<sup>714</sup>.

Arroyo Zapatero, de manera contundente considera que “la materia penal, es objeto de reserva de ley orgánica del art. 81. Pero, aún más, este resultado exegético se *integra* necesariamente en el art. 25.1 y éste aparece como una regulación especial de la general reserva de Ley del Derecho Público, de tal modo que el art. 25.1 debe leerse así: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta, según ley *orgánica* vigente en aquel momento, o infracción administrativa, según ley vigente en aquel momento, ley que habrá de ser orgánica si la infracción o sanción administrativa limita derechos fundamentales»”. En cuanto a las leyes penales en blanco y las remisiones a reglamentos entiende este autor que “debe entenderse que en materia de reserva de ley orgánica la reserva ha de ser absoluta, ya que, si en este ámbito la Constitución rechaza la delegación recepticia y los Decretos-leyes, más aún ha de considerarse proscrita la remisión a reglamentos, una vez que los controles para el ejercicio de la potestad reglamentaria son menos estrictos que en los anteriores supuestos”<sup>715</sup>.

También de manera categórica defiende la exigencia de ley orgánica Boix Reig en los siguientes términos: “Existe, pues, una reserva absoluta, que es de Ley Orgánica

---

<sup>713</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO & GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte general.*, 8ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 2010) p. 105.

<sup>714</sup> COBO DEL ROSAL, MANUEL & QUINTANAR DÍEZ, MANUEL, *Instituciones de Derecho penal español. Parte general*, 2ª reimp., (CESEJ, Madrid, 2008) p. 85.

<sup>715</sup> ARROYO ZAPATERO, LUIS, 'Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal', *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 3, nº 8 (1983). pp. 30 y 32

en materia penal, no siendo óbice a su funcionalidad práctica las leyes de contenido mixto (contenido propio de Ley Orgánica y contenido propio de Ley Ordinaria)”<sup>716</sup>.

Para Doval Pais “la elusión de los cauces previstos para la emanación de la materia penal no sólo conlleva la mera vulneración de la formal reserva de ley orgánica, sino que comporta inmediatamente un ataque a las *razones* materiales que existen para reservar, concretamente a esa forma de regulación –y no a otra- dicha materia. Estas razones son los derechos fundamentales de los ciudadanos (...)”<sup>717</sup>.

García Costa tampoco duda sobre esta cuestión, pues opina que “admitido que las leyes penales desarrollan derechos fundamentales, podemos afirmar claramente y sin ambagages que existe una reserva absoluta y sustancial de ley orgánica en materia penal que resulta incompatible con la posibilidad de que las leyes penales en blanco remitan la determinación de la conducta típica a otra categoría normativa que no sea la regulada en el art. 81 CE”<sup>718</sup>.

No se muestra de acuerdo con la tesis defendida por nuestro Tribunal Constitucional Ruíz Robledo quien considera que “el razonamiento de negar que el art. 25.1 de la Constitución exige ley orgánica y remitirlo a otros artículos del Capítulo II crea más problemas que los que resuelve y complica innecesariamente el ordenamiento. (...). Por eso, creemos que es más lógico considerar que el art. 25.1 en relación con el 81 establece una reserva de ley orgánica para las normas penales”<sup>719</sup>.

De la misma opinión es Bustos Ramírez quien considera que “el término

---

<sup>716</sup> BOIX REIG, JAVIER, 'El principio de legalidad en la Constitución', *Cuadernos de la Facultad de Derecho. Universidad de Palma de Mallorca*, nº 4 (1983). p. 24

<sup>717</sup> DOVAL PAIS, ANTONIO, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) p. 134.

<sup>718</sup> GARCÍA COSTA, FRANCISCO MANUEL, 'A vueltas con la ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código penal', en JAIME MIGUEL PERIS RIERA & PABLO CUESTA PASTOR (eds) *La tutela penal del agua* (Dykinson, Madrid, 2011) p. 290.

<sup>719</sup> RUIZ ROBLEDO, AGUSTÍN, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2003) 127-129.

«legislación» del art. 25.1 CE equivale a ley orgánica”<sup>720</sup>.

Aunque, siempre existen voces discordantes como la de Lamarca. quien se muestra contraria tanto a entender la reserva de ley diferenciada según los supuestos en reserva de ley ordinaria y reserva de ley orgánica como de entenderla exclusivamente a favor de la ley orgánica, ya que para esta autora “la incidencia de las leyes orgánicas en el ámbito penal ni favorece la seguridad jurídica ni incrementa de modo sustancial el sistema de garantías individuales”<sup>721</sup>.

En mi opinión, la reserva de ley, cuando se trate de normas penales, debe venir referida a una ley orgánica. Las normas penales están ordenadas a la defensa de los bienes e intereses jurídicos más importantes, más dignos de protección, aquellos que se consideran más valiosos para hacer posible la convivencia, la paz y el orden social. Puesto que el Derecho penal es el encargado de tal trascendental misión, y no sólo por el hecho de que la norma penal pueda llevar acarreada la pena más dura (privación de libertad), creo que debe exigirse que esa defensa y protección se realice con leyes dotadas de una categoría superior y las leyes orgánicas tienen esa superior categoría respecto de las ordinarias<sup>722</sup>. Además y, como sostiene Madrid Conesa, las leyes orgánicas tienen “el carácter de ser leyes dotadas de una especial legitimación democrática, debido al mayor quórum exigido para su aprobación, lo que implica que con respecto al contenido será necesario un acuerdo más amplio que respecto a las leyes

---

<sup>720</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J. & HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal*, Vol. I, (Trotta, Madrid, 1997) p. 83.

<sup>721</sup> LAMARCA PÉREZ, CARMEN, 'Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución Española', *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, nº 20 (1987). p. 135

<sup>722</sup> DE ESTEBAN, JORGE & GUERRA LÓPEZ, LUIS, *El régimen constitucional español*. Tomo I, (Labor, Barcelona, 1984) p. 267., MARTÍNEZ SOSPEDRA, MANUEL, *Aproximación al Derecho constitucional español: La Constitución de 1978*, 2ª edición corregida y aumentada, (Fernando Torres, Valencia, 1983) pp. 184-187., CARRETERO PÉREZ, ADOLFO, 'Concepto constitucional de las fuentes del Derecho', en *La Constitución española y las fuentes del Derecho* (Instituto de Estudios Fiscales. Vol. I, Madrid, 1979) p. 406., Díez PICAZO, LUIS, 'Constitución y fuentes del Derecho', en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Vol. I (Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979) p. 659., SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, 'La jerarquía normativa en la Constitución de 1978', en *La Constitución española y las Fuentes del Derecho*. Vol. III (Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979) pp. 1900-1903., GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., (Civitas, Madrid, 2001) pp. 1344 y 1350.

ordinarias” y suponen una garantía mayor de estabilidad pues implican una mayor vinculación del legislador para el futuro, ya que se exige otra ley orgánica para modificar o derogar la ya existente<sup>723</sup>.

La segunda cuestión problemática que se plantea con el uso de las leyes penales en blanco es su afectación al principio de **seguridad jurídica** ya que la remisión a otras instancias supone la existencia de disposiciones penales incompletas en las que el tipo no está formulado taxativa y pormenorizadamente, lo que dificulta el conocimiento de la materia de prohibición dañando, por tanto, a la seguridad jurídica. Así sucede en materia medioambiental, que es la que nos ocupa, pues comprende una cantidad ingente de normativa extrapenal prácticamente inmanejable para el ciudadano, de manera que éste no podrá conocer de antemano qué está prohibido y qué está permitido. No sólo eso, sino que también vulnera la función de prevención general de las normas penales, ya que si los ciudadanos no pueden conocer exactamente cuál es la conducta objeto de reproche penal, tampoco conocerán su desvalor y difícilmente se podrá frenar la tendencia a su realización.<sup>724</sup>

Algunos autores han justificado la falta de una exhaustiva descripción de los tipos penales para evitar el casuismo excesivo que se produciría con la delimitación pormenorizada de los tipos y en que, en realidad, se consigue una mayor seguridad jurídica ya que con las normas extrapenales se logra esa descripción detallada y exhaustiva de las conductas típicas. Sin embargo, rebate García Costa tales argumentos aduciendo que el principio de taxatividad, entre otros, se creó, precisamente, para evitar resultados a los que ahora se están llegando: “es posible que un ciudadano actúe contraviniendo alguna de las múltiples normas de carácter general en materia

---

<sup>723</sup> MADRID CONESA, FULGENCIO, *La legalidad del delito*, (Universidad de Valencia, Valencia, 1983) p. 58.

<sup>724</sup> Vid. BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, 'La problemática de las normas penales en blanco', en PATRICIA FARALDO CABANA (ed) *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2011) pp. 106-119; GARCÍA COSTA, FRANCISCO MANUEL, 'A vueltas con la ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código penal', en JAIME MIGUEL PERIS RIERA & PABLO CUESTA PASTOR (eds) *La tutela penal del agua* (Dykinson, Madrid, 2011) p. 300.; HUERTA TOCILDO, SUSANA, 'Principios básicos del Derecho penal y art. 325 del Código penal', *Revista Penal*, nº 8 (2001). p. 44

medioambiental a pesar, incluso, de que se hubiera preocupado diligentemente de conocerlas”<sup>725</sup>. Octavio de Toledo, también considera el principio de taxatividad necesario para la seguridad jurídica al entender que “si la ley penal describiera con vaguedad o amplitud excesiva los delitos y las penas, en cierto sentido se cumpliría formalmente el principio de legalidad, pero, en realidad, se estarían vulnerando *materialmente* sus exigencias mínimas, pues la necesidad de determinación previa de los delitos y de las penas para su conocimiento por los ciudadanos quedaría burlada al no poder éstos, ante normas redactadas de semejante modo, conocer con precisión qué conductas resultarían abarcadas por las mismas y qué penas aparejaría la realización del comportamiento prohibido. De lo que se sigue que el principio de legalidad impone una técnica legislativa al servicio de la precisión en las normas penales”<sup>726</sup>.

También a este problema ha dado respuesta nuestro Alto Tribunal en su STC 181/2008, en la que se refiere al delito de intrusismo profesional tipificado en el art. 403 Cp, al señalar en su FJ 5 que “(...) *la conclusión de que estamos ante «una estructura de Ley penal en blanco» está «avalada por la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo» y «sostenida no sólo en el incuestionable carácter jurídico de los elementos a que remiten nociones como "título oficial" o que "habilite legalmente para su ejercicio", sino esencialmente debido a que el régimen español de las profesiones tituladas —materia que conforma el sustrato de regulación del delito de intrusismo y cuyos aspectos más esenciales ("títulos oficiales", "actos propios de una profesión", etc.) son los que han de servir de complemento exegético al mismo— se configura como un sistema cerrado de reglamentación, con una consiguiente vinculación entre títulos y la actividad profesional correspondiente que, con mayor o menor concreción, debe ser legalmente determinada, tal como viene a establecer el artículo 36 CE al exigir que sea la Ley la que regule el ejercicio de las profesiones tituladas. En esa medida, habrán de ser precisamente normas jurídicas las que determinen qué deban ser actos propios de una profesión para cuyo ejercicio habilite un título oficial» (F. 7).*

---

<sup>725</sup> GARCÍA COSTA, FRANCISCO MANUEL, 'A vueltas con la ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código penal', en JAIME MIGUEL PERIS RIERA & PABLO CUESTA PASTOR (eds) *La tutela penal del agua* (Dykinson, Madrid, 2011) pp. 300 y 301. Octavio de Toledo, también considera el principio de taxatividad necesario para la seguridad jurídica

<sup>726</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, (Sección de publicaciones. Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1981) p. 326.

*No es ciertamente la propia técnica de tipificación del precepto sancionador aplicado la cuestionada ex principio de legalidad, sino el resultado impreciso de la integración del precepto legal sancionador que se aplicaba. Y cuestionado con razón. Ni la vaga alusión de las resoluciones administrativas al Real Decreto 127/1984 —sólo en la referencia a la imputación en los antecedentes de la primera resolución—, ni la más concreta de la Sentencia a su art. 1 y a su anexo configuran una norma que transmita con una precisión mínima qué actividades médicas son propias de la Cirugía Plástica y Reparadora y en qué casos su realización exige el título correspondiente de Médico Especialista. Dicho artículo establece que «[el] título de Médico, Especialista expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia, sin perjuicio de las facultades que asisten a los Licenciados en Medicina y Cirugía, será obligatorio para utilizar, de modo expreso, la denominación de Médico Especialista, para ejercer la profesión con este carácter y para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas con tal denominación. En el Ministerio de Sanidad y Consumo existirá un Registro Nacional de Médicos Especialistas y de Médicos Especialistas en formación»; por su parte el anexo, en la redacción vigente en el momento de los hechos, tenía, en lo que ahora importa, el siguiente contenido: «Especialidades que requieren básicamente formación hospitalaria: ... Cirugía Plástica y Reparadora». Es notorio que la integración de estos dos textos en el precepto sancionador no alcanza a configurar un tipo de infracción suficientemente determinado pues «el citado Real Decreto no recoge un elenco de las actividades médicas que habrían de corresponder a cada una de las especialidades, limitándose a formular con carácter genérico, en su artículo 1, la obligatoriedad de obtener el título de médico especialista para ejercer la profesión con dicho carácter» (STC 283/2006), F. 7).*

*En suma, la norma finalmente aplicada no expresa con la determinación constitucionalmente requerida en qué consistía la infracción (intrusismo en el ámbito de la cirugía plástica y reparadora) por la que se le sancionó al recurrente, que debe por ello ser ahora amparado”.*<sup>727</sup>

Es decir, el TC exige, para la admisibilidad de una ley penal en blanco, que la

---

<sup>727</sup> STC 181/2008, de 22 de diciembre [RTC 2008\181], FJ 5.



norma a que ésta remite y que va a ser finalmente la aplicada sea clara, precisa y taxativa, proscribiendo los supuestos en que aquella resulte imprecisa o indeterminada.

Por ello, en principio, no parece revestir real importancia este problema pues si la norma a aplicar por remisión no es clara, es decir “no expresa con la determinación constitucionalmente requerida en qué consistía la infracción”, será declarada inconstitucional y el ciudadano podrá ser amparado por ello. Aunque, en realidad, volvemos al problema de antes: estamos dejando en manos del poder Ejecutivo material que es propio del Poder Legislativo, pues el administrado depende de unas normas emanadas del Ejecutivo y después de que éstas sean o no declaradas inconstitucionales.

El tercer problema con el que nos encontramos al tratar sobre las leyes penales en blanco es que la remisión para su complemento se produzca en materias cuya competencia corresponde a las Comunidades Autónomas<sup>728</sup>, <sup>729</sup> (caso del medio ambiente). En este caso, dos son las críticas que se formulan: en primer lugar, que se produce una vulneración de la distribución de competencias entre los diferentes entes territoriales fijada en el art. 149.1.6 CE que establece la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación penal y, en segundo lugar, que ello supone un atentado contra el principio de igualdad ante la ley, ya que una misma conducta puede ser o no delictiva dependiendo de la Comunidad Autónoma en que se realice.

Desde un punto de vista formal sí se respeta la reserva constitucional a favor de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación penal (las Cortes aprueban la ley penal en blanco), pero desde un punto de vista material es

---

<sup>728</sup> En realidad, la remisión a normas extrapenales puede producirse a instancias tanto superiores como inferiores diferentes del nivel estatal. En el primer caso, nos estamos refiriendo a los reenvíos a normas comunitarias, pero dado que, como unánimemente acepta la doctrina este supuesto no plantea problemas de uniformidad ni de competencias ya que está establecido en numerosos tratados suscritos por España la cesión de competencias legislativas y de ciertas parcelas de su soberanía a la Unión Europea, me referiré únicamente al supuesto problemático que constituye la remisión a normativa autonómica.

<sup>729</sup> Ya que, en palabras de Silva Sánchez, “la potestad legislativa de que gozan las Comunidades Autónomas hace que el ordenamiento tenga una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional”. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Las "normas de complemento" de las leyes penales en blanco pueden emanar de las Comunidades Autónomas', *Revista del Poder Judicial*, 4ª época, nº 52 (1998). p. 491

controvertido<sup>730</sup>. En este tema la doctrina aparece dividida, y así algunos autores como Casabó, rechazan de plano la constitucionalidad de las remisiones a normativa extrapenal autonómica porque vulneran la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación penal<sup>731</sup>. También Mestre muestra un rechazo frontal a esta posibilidad argumentando que supone la vulneración de la uniformidad de la legislación penal<sup>732</sup>. Moreu Carbonell habla de “dispersión” y aduce problemas de inseguridad jurídica y de ilegalidad, así como de atentado contra la competencia exclusiva del Estado en materia penal y contra el principio de igualdad<sup>733</sup>.

Otros autores abogan por la posibilidad de que una norma extrapenal autonómica pueda completar supuestos de hecho creados por leyes penales estatales. Así, Muñoz Conde que considera que “una vez asumida legalmente la competencia por la Comunidad Autónoma, ésta pueda ejercerla dentro de sus límites y con todas las consecuencias sin necesidad de atender a los problemas que puedan derivarse de las remisiones que la legislación penal efectúe a dicha normativa específica”<sup>734</sup>.

Más directo se muestra Cerezo Mir, para quien “no supone un menoscabo de la competencia exclusiva del Estado en materia penal, pues las leyes penales en blanco emanan de las Cortes Generales”, y entiende que no se vulnerará el principio de igualdad si las discordancias en el ámbito de las conductas punibles o en la gravedad de las penas no estuvieran fundadas en la diversidad de las circunstancias existentes en las diferentes Comunidades Autónomas”<sup>735</sup>. De la misma opinión es Silva Sánchez<sup>736</sup>.

---

<sup>730</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 420.

<sup>731</sup> CASABÓ RUIZ, JOSÉ R., 'La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente', *Estudios penales y criminológicos*, V (1980-1981). p. 260

<sup>732</sup> MESTRE DELGADO, ESTEBAN, *Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal*, (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1998) p. 518, nota 62.

<sup>733</sup> MOREU CARBONELL, ELISA, 'Relaciones entre el Derecho administrativo y el Derecho penal en la protección del medio ambiente', *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 87 (1995). p. 391 y 393

<sup>734</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO & GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte general.*, 8ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 2010) p. 115.

<sup>735</sup> CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2004) p. 193.

Para Colás Turégano lo importante no es la remisión a normas autonómicas sino si dicha remisión está o no formulada correctamente, pues si la norma simplemente colabora en la precisión del contenido del tipo del injusto, éste permanece igual en todo el territorio y, por tanto, se respeta la uniformidad en la materia objeto de prohibición.<sup>737</sup>

Como en los anteriores problemas, el Tribunal Constitucional ha resuelto la polémica, expresando en su jurisprudencia la conformidad constitucional de la complementación del supuesto de hecho de una norma penal estatal por una autonómica siempre que el diferente tratamiento de una misma materia en las diversas Comunidades Autónomas esté fundamentado en las diferentes circunstancias que en cada territorio se verifiquen en relación a la protección de determinados intereses y que no supongan una afrenta del principio de igualdad<sup>738</sup>. A este respecto, destaca la ya mencionada STC 120/1998, de 15 de junio, en la que podemos leer en su FJ 4b lo siguiente: *“Ahora bien, en el presente caso el problema planteado no es (...) si el órgano judicial puede integrar el tipo penal con una norma autonómica de naturaleza administrativa o, expresado con otros términos, si la norma autonómica puede servir de complemento a la ley penal en blanco . Para dar una respuesta adecuada a esta cuestión, es menester partir de que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado una estructura compuesta, en la que están llamadas a coexistir la legislación estatal y la legislación autonómica. La función que corresponde al Estado de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales (art. 149.1.1.ª CE), no puede ser entendida de tal manera que vacíe de contenido las competencias que las Comunidades Autónomas asuman al amparo del art. 148 de la Constitución y de sus*

---

<sup>736</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Las normas complemento de las leyes penales en blanco pueden emanar de las Comunidades Autónomas', *Revista del Poder Judicial. CGPJ*, nº 52 (cuarto trimestre 1998). pp. 483-496

<sup>737</sup> COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, 'Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en el c.p. de 1995 (C.III del T. XVI del L. II)', en *Estudios jurídicos en memoria del profesor dr. d. José Ramón Casabó Ruiz. Primer volumen* (Universidad de Valencia. Instituto de Criminología, Valencia, 1997) p. 427.

<sup>738</sup> BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, 'La problemática de las normas penales en blanco', en PATRICIA FARALDO CABANA (ed) *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2011) pp. 106-119.

*propios Estatutos de Autonomía, que han de ser respetadas en sus propios términos (...).*

*Ahora bien, la ausencia de una monolítica uniformidad jurídica no infringe necesariamente los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1.ª de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino que, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales (SSTC 37/1987, fundamento jurídico 10, y 43/1996, fundamento jurídico 2.º).*

*De estas consideraciones se desprende que el órgano judicial puede seleccionar como complemento válido de la ley penal las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en el marco de sus respectivas competencias. En tal caso será preciso que dichas normas autonómicas se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en el art. 25.1 de la CE y que no «introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto al régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio».*

A pesar de lo que nuestro Alto Tribunal argumenta, no estimo conveniente la remisión a normas autonómicas, toda vez que se ha considerado lo suficientemente importante la legislación penal para que sea objeto de reserva absoluta estatal por parte de nuestra Constitución. Las materias que trata el Derecho penal son materias esenciales para el correcto desenvolvimiento en sociedad, necesarias, de primera magnitud e importancia trascendental. No considero, pues, oportuno dejar su desarrollo, aunque sólo sea parcialmente, a normativas fragmentarias, que sólo son obligatorias en una parcela específica del territorio español. Creo que si algo es importante como para considerarlo digno de protección penal debe ser importante, y por tanto, único o unificado, en todos sus componentes. Se corre el peligro de burlar a la ley simplemente a base de realizar la conducta tipificada en una u otra parte del territorio nacional. Opino, por ello, que se conculca el principio de igualdad, el de reparto competencial reconocidos constitucionalmente y el de legalidad en su vertiente de reserva de ley orgánica en materia penal.

### 3.2.3. Leyes penales en blanco y delitos medioambientales

Doctrina y Jurisprudencia son unánimes al considerar el delito contra el medioambiente del art. 325 Cp como un claro ejemplo de norma penal en blanco ya que incorpora en su tipo la cláusula siguiente: “*el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*”. Llama la atención que el legislador haya optado por la fórmula “disposiciones generales” y no por la de “reglamentos”, utilizada anteriormente al actual Código penal. Ello es así no por excluir a las órdenes o decretos, sino por incluir las disposiciones generales del Derecho comunitario, junto a las nacionales y autonómicas, en el ámbito espacial de la remisión y por permitir la inclusión de normas que, sólo de modo impropio, pueden considerarse reglamentos, como por ejemplo, los planes de urbanismo<sup>739</sup>. La reglamentación administrativa deviene fundamental para la determinación del supuesto de hecho típico: si el proceder no está previsto y prohibido por ella o se produce dentro de sus límites autorizados no será de aplicación el art. 325 Cp. Se reduce, de esta manera, según Mendo Estrella, el problema respecto a la naturaleza jurídica de la contravención de las normas protectoras del medio ambiente, a dilucidar si debe tratarse cómo una condición objetiva de perseguibilidad o como elemento normativo del tipo<sup>740</sup>. Responde a esta disyuntiva Muñoz Conde considerando que se convierte en un elemento normativo del tipo que debe ser abarcado por el dolo, suponiendo su desconocimiento, normalmente, la imputación a título de imprudencia<sup>741</sup>, mientras que para un sector minoritario,

---

<sup>739</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, (Colección Justicia Penal. Atelier, Barcelona, 2012) p. 81. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, IGNACIO & OLMEDO CARDENETE, MIGUEL, 'Artículo 325', en MANUEL COBO DEL ROSAL (ed) *Comentarios al Código penal. Segunda época. Tomo X (Vol. II) Libro XVI, de los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (Artículos del 319 al 340)* (CESEJ, Madrid, 2006) p. 205. MENDO ESTRELLA, ÁLVARO, *El delito "ecológico" del artículo 325.1 del Código penal*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 83.

<sup>740</sup> MENDO ESTRELLA, ÁLVARO, *El delito "ecológico" del artículo 325.1 del Código penal*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 101.

<sup>741</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 2010) p. 537. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, (Colección Justicia Penal. Atelier, Barcelona, 2012) p. 93. También defienden la consideración

encabezado por Rodríguez Devesa, se trata de una condición objetiva de perseguibilidad, ya que, a su juicio, si para la persecución de la conducta se exige la constatación de la infracción administrativa y ésta corresponde a la Administración, “de modo tácito, pero ineludible, la ley establece con este requisito una condición objetiva de perseguibilidad”<sup>742</sup>.

En cuanto a la problemática específica de los delitos medioambientales como leyes penales en blanco se plantean las mismas cuestiones de posible vulneración de los principios de legalidad, seguridad jurídica y competencia a que nos hemos referido antes.

Respecto al principio de legalidad, como hemos visto antes, la jurisprudencia constitucional avala el empleo de las leyes penales en blanco como respetuosas con dicho principio siempre que cumplan con unos determinados requisitos; la cuestión es si el art. 325 Cp cumple o no con ellos.

Queda, en el aire la cuestión de si el art. 325 es conforme al principio de legalidad. Ya que en el caso de que entendamos que este principio en materia penal supone una reserva de ley *orgánica*, incluso la remisión a una ley ordinaria podría vulnerarlo<sup>743</sup>. Puede considerarse aquí repetido todo lo dicho anteriormente sobre esta materia en el capítulo precedente, que podemos resumir diciendo que si el Derecho penal es el más alto comisionado para la defensa de los valores que se consideran esenciales para garantizar la paz y convivencia sociales y que, por lo mismo, cuenta con

---

de la remisión como elemento normativo del tipo y núcleo esencial del injusto MENDO ESTRELLA, ÁLVARO, *El delito "ecológico" del artículo 325.1 del Código penal*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 83., DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, 'El papel del Derecho penal para la correcta aplicación de la normativa comunitaria', en AGUSTÍN GARCÍA URETA (ed) *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria* (Instituto vasco de Administración Pública, Oñati, 1998) p. 284.

<sup>742</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA & SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., (Dykinson, Madrid, 1995) p. 1107.

<sup>743</sup> MENDO ESTRELLA, ÁLVARO, *El delito "ecológico" del artículo 325.1 del Código penal*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 87.

los métodos más “brutales y expeditivos”<sup>744</sup>, debe entenderse una reserva de ley absoluta en el ámbito penal y sus normas deben revestir la forma de mayor categoría, entendiéndose por tales, en este caso, a las leyes orgánicas.

Ahora bien, dado que el Tribunal Constitucional, como vimos antes, admitió por un lado, que la reserva de ley penal no tenía por qué suponer necesariamente una reserva de ley orgánica<sup>745</sup> y, por otro, la remisión que las leyes penales en blanco suponen, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia consideran que el art. 325 cumple con los requisitos de legalidad requeridos por nuestro Alto Tribunal. Por ejemplo, Casabó Ruíz entiende que, puesto que el medio ambiente no está contemplado dentro de los denominados Derechos Fundamentales “estrictos” a que hace referencia el art. 81.1 CE, sino que lo hace en el art. 45 CE, la protección ambiental no está reservada a ley orgánica. Conde-Pumpido, por su parte, afirma “en el caso del delito ecológico nos encontramos ante un tipo que cumple los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional”<sup>746</sup>. Arguyen estos autores que se trata de una remisión expresa (*leyes y disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente*), justificada en razón del bien jurídico protegido (debido a lo vasto de la materia medioambiental que no podrían contenerse con la debida minuciosidad en el tipo regulado en el código penal), señala la pena (*prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años*) y contiene el núcleo esencial de la prohibición -no se puede negar el carácter altamente exhaustivo del art. 325 a la hora de enumerar las conductas objeto de punición- (*emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, excavaciones, aterramientos, ruidos,*

---

<sup>744</sup> GARCÍA COSTA, FRANCISCO MANUEL, 'A vueltas con la ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código penal', en JAIME MIGUEL PERIS RIERA & PABLO CUESTA PASTOR (eds) *La tutela penal del agua* (Dykinson, Madrid, 2011) p. 290.

<sup>745</sup> CASABÓ RUIZ, JOSÉ R., 'La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente', *Estudios penales y criminológicos*, V (1980-1981). p. 252

<sup>746</sup> Vid. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, 'Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio ambiente. Problemas que suscita desde la perspectiva del Derecho penal', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador* (CGPJ, Madrid, 1997) . GARCÍA COSTA, FRANCISCO MANUEL, 'A vueltas con la ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código penal', en JAIME MIGUEL PERIS RIERA & PABLO CUESTA PASTOR (eds) *La tutela penal del agua* (Dykinson, Madrid, 2011) p. 294. MENDO ESTRELLA, ÁLVARO, *El delito "ecológico" del artículo 325.1 del Código penal*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 94.

*vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*), lo que le hace cumplir con el último requisito: la “exigencia de certeza, que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite”.

Así lo ha reconocido también el Tribunal Constitucional, aunque refiriéndose al art. 347 bis del ACp en su STC 62/1994, de 28 de febrero, donde en el FJ 3 estima que *“en consonancia con ello, es de apreciar que el art. 347 bis del Código Penal, como ya hemos dicho en la STC 127/1990, reúne los requisitos de lex praevia, certa y scripta exigido constitucionalmente, puesto que formula una remisión expresa y completa a normas específicas y define el núcleo esencial de la conducta prohibida (provocar o realizar emisiones o vertidos que pongan en peligro grave la salud o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, etc.) remitiéndose solamente para completar el tipo a una circunstancia, o sea, la de que aquellos actos se realicen contraviniendo leyes o reglamentos protectores del medio ambiente, con lo cual queda definido asimismo de modo suficiente este elemento, consistente en una infracción administrativa de normas que tengan aquella finalidad.”*<sup>747</sup>

Huerta Tocildo se muestra en desacuerdo con tales consideraciones. No le cabe duda de que el art.325.1 cumple el primero de los requisitos exigidos: remisión expresa y justificada por razón del bien jurídico ya que, entiende esta autora, dado el carácter cambiante y complejo del bien jurídico que nos ocupa, es preferible dejar su regulación al Derecho administrativo, que es más ágil. Sin embargo, no está tan segura en cuanto a los restantes requisitos, a los que considera “diferentes pero no inconexos”. No cree que el art. 325 contenga dentro de sí el núcleo esencial de la prohibición, pues si el cumplimiento de normas extrapenales forma parte del injusto, al dejar dichas normas en manos de la Administración se le está otorgando el poder de configurar un elemento normativo del tipo penal cuya presencia resulta esencial para la tipificación de la conducta prohibida, es decir, se delega en la potestad reglamentaria un poder de

---

<sup>747</sup> STC 62/1994, de 28 de febrero [RTC 1994\62], FJ 3.



conformación del injusto penal que constitucionalmente no le corresponde porque, por muy grave que sean los actos contaminantes que se realicen, si no contravienen normativa reglamentaria extrapenal no serán objeto de sanción. Critica Huerta que el Tribunal Constitucional no guardara “la debida coherencia entre, por una parte, su alto nivel de exigencia representado por el requisito de que el «núcleo esencial de la prohibición» sea contenido obligatorio de la norma penal remitente, y, por otra parte, sus conclusiones acerca de la compatibilidad con el art. 25.1 CE de un supuesto claro de remisión *in toto* a normas reglamentarias para la determinación de un elemento típico y, por ello mismo, esencial”. Lo que esta autora considera es que no hay congruencia entre los requisitos exigidos por la STC 127/1990 para que las leyes penales en blanco sean consideradas respetuosas con el principio de legalidad recogido en el art. 25.1 CE y el fallo que declara la constitucionalidad del desaparecido art. 347 bis Cp.

En cuanto al último de los requisitos demandados, tampoco lo considera cumplido por el artículo objeto de estudio. Estima que nos encontramos ante una “remisión en bloque a una normativa administrativa cuyo ingente caudal y diversa procedencia hacen que sea prácticamente imposible de controlar, la inseguridad sobre el ámbito de lo prohibido habrá de resultar por fuerza directamente proporcional a la magnitud y complejidad de las normas remitidas, con la consiguiente imposibilidad para el ciudadano de conocer de antemano cuál es la «actuación penalmente conminada»<sup>748</sup>. Ello conecta directamente con el segundo problema que plantean las leyes penales en blanco: la posible vulneración del principio de seguridad jurídica.

Efectivamente, el art. 325 Cp ha de integrarse por infinidad de normas, dispersas, fragmentarias y variadas, que, en materia de medio ambiente emanan de otra gran variedad de órganos. Se argumenta a favor de considerar el art. 325 Cp respetuoso con el principio de seguridad jurídica por dos motivos, uno de carácter práctico: evitar el excesivo casuismo que se produciría con la delimitación pormenorizada de los tipos en esta disciplina, y otro de carácter jurídico: hay una mayor seguridad jurídica ya que con las normas extrapenales, especialmente las de carácter administrativo, la conducta típica está perfectamente pormenorizada y detallada. Discrepa García Costa, para quien tal

---

<sup>748</sup> HUERTA TOCILDO, SUSANA, 'Principios básicos del Derecho penal y art. 325 del Código penal', *Revista Penal*, nº 8 (2001). pp. 44 a 48

profusión de normas puede hacer que el ciudadano, a pesar de su diligente intención de conocerlas, no llegue a conseguirlo y las contravenga<sup>749</sup>. Como bien señala Huerta Tocildo, el dilema es eficacia vs garantía, y se ha resuelto a favor de la primera<sup>750</sup>.

Por último, el problema que se plantea es la posible vulneración del art. 325 con el principio de igualdad, dado que las competencias en materia de medio ambiente están transferidas a las CC.AA., con lo que las disposiciones a contravenir varían según se esté en una parte u otra del territorio nacional. Se argumenta a favor de la constitucionalidad de esta técnica que los delitos ecológicos sólo pueden configurarse si se atiende a normativa administrativa y que la diferente postura jurídica que puede ocasionarse dentro de un mismo estado se debe a que pueden existir necesidades de protección distintas en una u otra zona del territorio, lo que explica la mayor o menor intensidad en las normas protectoras de los diferentes elementos e intereses protegidos, ya que conductas prácticamente iguales pueden tener una trascendencia muy distinta en uno u otro lugar<sup>751</sup>.

Mestre, sin embargo, lo considera inadmisibles porque con esta técnica la realización un vertido que ponga en grave peligro la salud de las personas o pueda perjudicar gravemente las condiciones medioambientales, podría ser considerado atípico “tan sólo porque su autor no hubiera contravenido ningún texto, legal o reglamentario, protector del medio ambiente”<sup>752</sup>, y es que el problema surge cuando una Comunidad

---

<sup>749</sup> GARCÍA COSTA, FRANCISCO MANUEL, 'A vueltas con la ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código penal', en JAIME MIGUEL PERIS RIERA & PABLO CUESTA PASTOR (eds) *La tutela penal del agua* (Dykinson, Madrid, 2011) pp. 300-301.

<sup>750</sup> HUERTA TOCILDO, SUSANA, 'Principios básicos del Derecho penal y art. 325 del Código penal', *Revista Penal*, nº 8 (2001). p. 51

<sup>751</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, 'Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio ambiente. Problemas que suscita desde la perspectiva del Derecho penal', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador* (CGPJ, Madrid, 1997) ; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, '¿Competencia "indirecta" de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho penal?', *La ley*, nº 1 (1993). pp. 967-968 . SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, (Colección Justicia Penal. Atelier, Barcelona, 2012) p. 89.

<sup>752</sup> MESTRE DELGADO, ESTEBAN, *Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal*, (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1998) p. 524.

Autónoma dicta las normas adicionales de protección y otras no<sup>753</sup>. También manifiesta su discrepancia Huerta Tocildo con estas palabras: “No es el acabado de citar, sin embargo, el único precepto constitucional con el que el art. 325 CP puede entrar en tensión. La misma posibilidad de incidencia de regulaciones de naturaleza autonómica en este tipo penal -por vía de su remisión a disposiciones administrativas de carácter general protectoras del medio ambiente- puede ocasionar el resultado indeseable de que la conducta definida como delito ecológico varíe según sea el lugar de su comisión, con la consiguiente quiebra del principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 14 CE<sup>754</sup>. García Costa también se muestra contrario a “que exista la posibilidad de que unas conductas sean constitutivas de delito en una parte del Estado, mientras que en otro no”<sup>755</sup>. Y Casabó Ruiz concluye que “la materia de legislación penal es competencia exclusiva del Estado, (...) que pese a la competencia de las Comunidades en materias concernientes al medio ambiente, sus disposiciones sólo podrán tener, a efectos de la ley penal estatal, un carácter meramente técnico y ejecutivo, aparte de que no podrá afectar al bien jurídico protegido por la misma y que las Comunidades Autónomas en materia de defensa ecológica sólo pueden establecer infracciones y sanciones de carácter administrativo”<sup>756</sup>.

No es sólo el principio de igualdad, sino también el de legalidad, y su vertiente de reserva de ley orgánica en materia penal, quien queda afectado. A este respecto, considera Arroyo Zapatero a las leyes de las Comunidades Autónomas como “fuentes legales que vulneran el mandato de ley orgánica en materia penal”<sup>757</sup>. Sin entrar a repetir de nuevo debates doctrinales -que ya han quedado plasmados anteriormente-, si consideramos que toda la materia penal debe quedar revestida con una reserva de ley

---

<sup>753</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, (Colección Justicia Penal. Atelier, Barcelona, 2012) p. 86.

<sup>754</sup> HUERTA TOCILDO, SUSANA, 'Principios básicos del Derecho penal y art. 325 del Código penal', *Revista Penal*, nº 8 (2001). p. 50

<sup>755</sup> GARCÍA COSTA, FRANCISCO MANUEL, 'A vueltas con la ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código penal', en JAIME MIGUEL PERIS RIERA & PABLO CUESTA PASTOR (eds) *La tutela penal del agua* (Dykinson, Madrid, 2011) p. 313.

<sup>756</sup> CASABÓ RUIZ, JOSÉ R., 'La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente', *Estudios penales y criminológicos*, V (1980-1981). p. 260

<sup>757</sup> ARROYO ZAPATERO, LUIS, 'Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal', *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 3, nº 8 (1983). pp. 36 y 44

orgánica, la remisión a la legislación autonómica es inadmisibile, ahora bien, si consideramos que sólo debe serlo la materia penal que afecta a los derechos mencionados en el art. 81.1 CE, el medio ambiente no quedaría reservado a una ley orgánica y, por tanto, sí tendrían capacidad normativa sobre él las Comunidades Autónomas. A mi modo de ver, aunque el derecho al medio ambiente “sólo” esté contemplado en el cap. III del Tít. I de la CE, es un derecho fundamental esencial, pues, como veremos, en el capítulo dedicado a los bienes jurídico-penales, está situado en una posición preeminente en la escala de importancia de los bienes jurídicos, ya que es primordial para una buena calidad de vida y digno de los más altos estándares de protección, por lo que debería regularse mediante ley orgánica.

Volviendo al principio de igualdad, la Jurisprudencia se decanta por considerar constitucional y compatible con el mismo la remisión a normas autonómicas para completar el art. 325. Según la STC 37/1981, de 16 de noviembre, *“El primero de tales principios es el de igualdad en derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional. Es obvio, sin embargo, que tal principio no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones. Esto no ha sido nunca así entre nosotros en el ámbito del derecho privado y, con la reserva ya antes señalada respecto de la igualdad en las condiciones básicas de ejercicio de los derechos y libertades, no es ahora resueltamente así en ningún ámbito, puesto que la potestad legislativa de que las Comunidades Autónomas gozan potencialmente de nuestro ordenamiento una estructura compuesta, por obra de la cual puede ser distinta la posición jurídica de los ciudadanos en las distintas partes del territorio nacional. Es cierto que esta diversidad se da dentro de la unidad y que, por consiguiente, la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales que quedan reservadas a la legislación del Estado (artículos 53 y 149.1, 1, de la Constitución), cuyas normas, además, son las únicas aplicables en las materias sobre las que las Comunidades Autónomas carecen de competencia legislativa, prevalecen en caso de conflicto, y tienen siempre valor supletorio (149.3)”*<sup>758</sup>. Y, más recientemente, en la STC 247/2007,

---

<sup>758</sup> STC 37/1981, de 16 de noviembre [RTC 1981\37], FJ 2.

de 12 de diciembre, se establece que *“Por tanto, según hemos avanzado, alcanzamos ya una primera conclusión: el art. 139.1 CE no contempla una uniformidad absoluta del régimen de los derechos constitucionales en todo el territorio nacional, sino un principio de igualdad sustancial susceptible de modulaciones diferenciadas en mayor o menor grado en las Comunidades Autónomas, según el tipo de derecho de que se trate y el reparto competencial en la materia implicada”*<sup>759</sup>.

A pesar de estos planteamientos, un sector de la doctrina sigue sin estar de acuerdo con estos argumentos, por lo que se han propuesto diferentes **soluciones**.

Abogan muchos autores, para resolver este problema, por la promulgación de una ley general del medio ambiente, a la que se pueda remitir el tipo penal, con un contenido preciso que sea el que integre el injusto penal y se deje únicamente la regulación de las cuestiones adicionales o accidentales a las disposiciones normativas de rango inferior. De esta manera, según dichos autores, se observaría el principio de legalidad, pues la norma emanaría también del Poder Legislativo y no de la Administración, el de seguridad jurídica, pues la remisión sería a un texto específico, y el de igualdad, pues sería la misma norma aplicable a todo el Estado español. Esta solución ha sido objeto de críticas por cuanto se considera que no sólo no reduciría los conflictos de competencias ante el TC en esta materia sino que los aumentaría, pues no podría más que incluir principios generales poco operativos que remitirían a leyes sectoriales de tutela ambiental<sup>760</sup>.

Moreu Carbonell propone dejar al Derecho penal el castigo de las conductas más graves para la salud humana o el medio ambiente, estableciendo prohibiciones absolutas e independientes de disposiciones administrativas (resalta el carácter auxiliar del

---

<sup>759</sup> STC 247/2007, de 12 de diciembre [RTC 2007\247], FJ 13 a).

<sup>760</sup> MENDO ESTRELLA, ÁLVARO, *El delito "ecológico" del artículo 325.1 del Código penal*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) P. 100. MORALES PRATS, FERMÍN, 'La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro', en JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ (ed) *La protección jurídica del medio ambiente* (Aranzadi, Pamplona, 1997) 237 y ss. GARCÍA HERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> YOLANDA, 'Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente', en JUAN ANTONIO MARTOS NUÑEZ (ed) *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y el medio ambiente* (Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997) p.54.

Derecho penal) y que las CC.AA. se limiten a las sanciones administrativas. De esta manera, asegura, no se infringirían el principio de reserva de ley en materia penal ni la competencia exclusiva del Estado<sup>761</sup>. No estoy de acuerdo con esta solución, pues se parte de la idea de que, en materia medioambiental, el Derecho penal únicamente ha de tener un carácter auxiliar y que dicha materia debe ser reglada y protegida primordialmente por el Derecho administrativo, cuando, a mi entender, el medio ambiente es un bien jurídico de los más importantes y prioritarios, necesitado, por tanto, de protección penal y merecedor del calificativo de bien jurídico-penal, por lo que quien debe tener una categoría auxiliar en esta materia ha de ser el Derecho administrativo. Reconozco, no obstante, como ya dije en su momento, la accesoriedad limitada en esta materia, necesaria para una más eficaz protección del medio ambiente.

Una tercera solución es la del “doble estándar”, denominada así porque para la configuración del delito de contaminación se parte de una doble valoración: por un lado del “valor de contaminación” que justifica la intervención del Derecho administrativo sancionador y, por otro, del “valor límite o intolerable” (con una cota más alta que el anterior) que justifica la entrada en escena del Derecho penal. Una vez que este límite se supere, el legislador penal puede por él mismo considerarlo reprobable penalmente sin necesidad de valoración por el poder ejecutivo<sup>762</sup>. De esta manera, arguye Prats Canut se cumple el principio de seguridad jurídica a los efectos de taxatividad y los de carácter fragmentario y ofensividad del Derecho penal, pues “a la infracción menos grave – superar el valor de contaminación- le corresponde la sanción administrativa y a la infracción más grave –superar el valor límite- le corresponde la sanción penal”<sup>763</sup>. Ahora bien, se le censura a esta solución que quien fija los límites es la Administración, con lo que volveríamos a toda la problemática estudiada con respecto a este tema. Proponen los defensores de esta fórmula para solventarlo que el encargado de fijar dichos estándares sea un organismo independiente. Prats Canut cita como ejemplo el

---

<sup>761</sup> MOREU CARBONELL, ELISA, 'Relaciones entre el Derecho administrativo y el Derecho penal en la protección del medio ambiente', *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 87 (1995). p. 397

<sup>762</sup> MENDO ESTRELLA, ÁLVARO, *El delito "ecológico" del artículo 325.1 del Código penal*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) .

<sup>763</sup> PRATS CANUT, JOSÉ MIGUEL & MARQUÈS I BANQUÉ, MARÍA “De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en GONZALO QUINTERO OLIVARES & FERMÍN MORALES PRATS (eds), *Comentarios al nuevo Código penal* (Aranzadi, Navarra, 2005) p. 1728-1729

caso de Estados Unidos, donde dichos valores son fijados por la Environmental Protection Agency, que delega en un comité de expertos independientes altamente legitimados y cualificados para este cometido, y lo que habría que buscar son cauces adecuados para que sus propuestas fueran introducidas en nuestro Ordenamiento Jurídico, y comenta que, con diversas formulaciones, empieza a introducirse en la legislación de algunos países como –además del mencionado EE.UU., Japón, Dinamarca o Suiza<sup>764</sup>.

Ciertamente, es esta una materia tan compleja que cuesta encontrar una solución factible que convenza a todos. Nuestra jurisprudencia parece haberla encontrado al considerar que el artículo 325 Cp cumple con las exigencias constitucionales de respeto a los principios de legalidad, taxatividad, igualdad y competencia. Sin embargo, como he manifestado anteriormente, creo que sí existe vulneración a estos principios, fundamentalmente en la cuestión derivada de la transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas. En otras cuestiones, como la mayoría de la doctrina, acepto resignada la técnica de la remisión normativa dada la complejidad y magnitud de la materia, pero la considero insegura en determinados aspectos. Estoy de acuerdo con Mestre en que sería totalmente injusto dejar sin castigo una acción contaminante porque la administración de alguna Comunidad Autónoma no hubiera previsto su tipificación, así como que las mismas conductas sean objeto de diversa sanción por realizarse en un lugar o en otro. Sí es cierto que la protección de determinados elementos es más acuciante en unos lugares que en otros, piénsese, por ejemplo, en el agua, no es lo mismo la necesidad de agua en Murcia que en Asturias, pero eso no deja de ser accesorio, porque, por seguir con este ejemplo, el agua es necesaria para el desarrollo del ser humano en cualquier lugar. Es decir, lo que podemos considerar integrado dentro del concepto de medio ambiente precisa protección, y además penal, con independencia de la ubicación geográfica en la que nos encontremos. No podemos arriesgarnos a que quede desprotegido.

Una buena solución, a mi entender, sería una mezcla de las propuestas primera y

---

<sup>764</sup> PRATS CANUT, JOSÉ MIGUEL & MARQUÈS I BANQUÉ, MARÍA, 'De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente', en GONZALO QUINTERO OLIVARES & FERMÍN MORALES PRATS (eds) *Comentarios al nuevo Código penal* (Aranzadi, Navarra, 2005) p. 1729

tercera: una ley general de medio ambiente, que siguiendo mis argumentos precedentes, debería revestir la forma de ley orgánica<sup>765</sup>, en la que el legislador esté asesorado por expertos que le señalen los estándares adecuados para la debida preservación de nuestros recursos naturales y nuestro entorno. De esta manera conjugo la idea de ley general medioambiental con la del doble estándar, aunque con un solo estándar establecido por el legislador penal. Así, se observarían los principios de legalidad y de reserva de ley orgánica en el ámbito penal (la materia estaría fijada en una norma con rango de ley y además de ley orgánica), taxatividad (los preceptos incluirían los estándares propuestos por expertos), seguridad (la remisión se haría a una norma concreta y específica sin que quepa la dispersión) y competencia (se regularía por una norma emanada por las Cortes Generales).

### **3.3. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TUTELA MEDIOAMBIENTAL EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL**

La tutela penal del medio ambiente es una realidad relativamente reciente. Los códigos penales clásicos no incluían este tipo de disposiciones, sino que hubo que esperar a los años 50 del pasado siglo para que tuviera lugar un cambio relevante en esta materia y empezasen a aprobarse leyes medioambientales en la mayoría de los ordenamientos jurídicos<sup>766</sup>. Hoy día, la conciencia sobre la necesidad de protección y defensa del medio ambiente es generalizada. No hay duda de que la importancia del medio ambiente como valor social ha ido *in crescendo*, lo que ha generado la inclusión de su protección en todas aquellas constituciones acordadas o modificadas a partir de los años 70, y entre ellas, la Constitución española, puesto que una Constitución debe

---

<sup>765</sup> El principio de legalidad en materia penal debería llevar aparejado una reserva de ley orgánica puesto que es el orden jurisdiccional encargado de la protección y aseguramiento de los más importantes bienes jurídicos. Y el medio ambiente, como se verá en el capítulo dedicado a ello, tiene tal entidad e importancia, que debe ser considerado bien jurídico-penal.

<sup>766</sup> Cassola Perezutti, señala que ya mucho antes podemos encontrar manifestaciones proclamando la defensa del medio ambiente, y en el ámbito internacional cita el Código de Hammurabi y la Ley de las XII Tablas. CASSOLA PEREZUTTI, GUSTAVO, *Medio ambiente y Derecho penal. Un acercamiento.*, (Bdf, Montevideo, 2005) p. 49.



reflejar cuáles son los valores esenciales de una Comunidad. Ello explica la mención que a este respecto, hace Alastuey Dobón<sup>767</sup>, sobre que no todas las Constituciones de nuestro entorno recogen la protección medioambiental, citando como ejemplo el caso de la Constitución francesa. Sí lo hacen, en cambio, las Normas Fundamentales italiana, portuguesa, griega, holandesa, suiza, polaca o húngara, por ejemplo. Así como, ya en un entorno más lejano, la peruana, brasileña, turca, china o india, entre otras<sup>768</sup>. En otros casos, se opta por el establecimiento de este derecho a través de una ley de carácter general, como hace Estados Unidos con su Ley federal sobre política ambiental nacional<sup>769</sup>.

En España, aunque existía una pluralidad de leyes relativas a diversos aspectos que podríamos incluir dentro del concepto medio ambiente, es a partir de la promulgación de la Constitución de 1978 cuando se inicia el camino hacia un Derecho penal ambiental propiamente dicho<sup>770</sup>. Efectivamente, ni en el Código penal ni en las leyes vigentes en España existía una figura delictiva que pudiera denominarse propiamente “delito ecológico o ambiental”. Existían, eso sí, diversos tipos delictivos que sólo de manera indirecta se podían utilizar para la protección de ámbitos específicos

---

<sup>767</sup> ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> CARMEN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, (Comares, Granada, 2004) p. 1, nota 2.

<sup>768</sup> DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J., *Protección penal y accesoriedad administrativa*, (Cedecs, Barcelona, 1996) p. 21.

<sup>769</sup> MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Los delitos relativos al medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1998) p. 21, primer párrafo y nota 1.

<sup>770</sup> Cassola Perezutti, “haciendo un poco de historia sobre la problemática del medio ambiente”, menciona, entre otros, los siguientes ejemplos históricos muy anteriores a nuestra actual Constitución: la Ley de Osuna del s. I, las Etimologías de San Isidoro del s. VI, el Fuero de Cuenca de 1189, el Fuero de Ternel de 1195, el Fuero de Usagre del s. XIII, Las Partidas del Rey Alfonso X del s. XIII, el Fuero de Madrid de 1202, la Nueva Recopilación de 1548, las Ordenanzas de Granada de 1552 y las Ordenanzas de Murcia de 1695. CASSOLA PEREZUTTI, GUSTAVO, *Medio ambiente y Derecho penal. Un acercamiento.*, (Bdf, Montevideo, 2005) p. 49. Para Mena Álvarez puede considerarse que, en la codificación española, la tutela jurídica del medio ambiente más antigua es la recogida en el art. 1.908 Cc, que determina la responsabilidad derivada de culpa o negligencia en los supuestos de humos excesivos nocivos para las personas o propiedades y de las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes contruidos sin las precauciones adecuadas. MENA ALVAREZ, JOSÉ M<sup>a</sup>, 'La ecología como bien jurídico protegido', en *El proyecto de Código penal* (Iltre. Colegio de Abogados de Barcelona. Academia de Jurisprudencia y Legislación, Barcelona, 1980) .

ambientales. Entendía la doctrina en el anterior Código penal, que se podían distinguir tres categorías de delitos que incidían -siempre de manera indirecta- en la protección del medio ambiente<sup>771</sup>:

En primer lugar, preceptos que describían conductas preparatorias o que pudieran ocasionar contaminación. Por ejemplo, los arts. 341 y 342 ACp, referentes a la elaboración de sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o el art. 345, sobre exhumación o traslado de restos humanos con infracción de las disposiciones sanitarias.

En segundo lugar, las referidas a actos contaminantes o de expansión de la contaminación, citándose, entre otros, los tipos de los arts. 346, 347, 348 bis, relativos a conductas contra la salud pública, como por ejemplo, comercio con alimentos caducados o corrompidos, contaminación de las aguas potables o transmisión dolosa de enfermedades.

Y, en tercer lugar, las que comprendían resultados que pudieran ser consecuencias punibles de la contaminación, como las previstas en los arts. 348 y 406.3, con referencia al resultado de muerte como consecuencia de contaminación o veneno.

En realidad, la protección penal del medio ambiente se instrumentaba a través de una pluralidad de leyes penales especiales reguladoras de determinados sectores que podían afectar al medio ambiente, como por ejemplo, la Ley sobre energía nuclear de 29 de abril de 1964, la Ley sobre Pesca Marítima de 31 de diciembre de 1964, la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, la Ley de Pesca Fluvial de 20 de febrero y la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 22 de diciembre de 1972 que, aunque su articulado sólo iba dirigido a la protección contra la contaminación atmosférica, en su Exposición de Motivos, ya adelantaba la necesidad de una adecuada protección del

---

<sup>771</sup> Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, 'Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España', *Estudios penales y criminológicos*, nº 5 (1980-1981). pp. 283-287. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNIDO, 'Introducción al delito ecológico', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992) p. 30. También, CANTARERO BANDRÉS, ROCÍO, 'El delito ecológico: Análisis del actual tipo penal y sus antecedentes', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992) p. 73.

medio ambiente, al reconocer que *“La degradación del medio ambiente constituye, sin duda alguna, uno de los problemas capitales que la Humanidad tiene planteados en esta segunda mitad del siglo, problema cuya gravedad no es preciso ponderar. La explotación intensiva de los recursos naturales, el desarrollo tecnológico, la industrialización y el lógico proceso de urbanización de grandes áreas territoriales son fenómenos que, incontrolados, han llegado a amenazar en determinadas regiones la capacidad asimiladora y regeneradora de la naturaleza, y que, de no ser adecuadamente planificados, pueden abocar a una perturbación irreversible del equilibrio ecológico general, cuyas consecuencias no son fácilmente previsibles.*

*La preocupación por estos temas alcanza dimensiones mundiales. La Organización de las Naciones Unidas declaró a 1970 como Año de Protección de la Naturaleza, como paso previo a un intento de toma de conciencia, que ha culminado el presente año con la reunión en Estocolmo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. La universalidad del movimiento en favor de una defensa sistemática de la Naturaleza excluye radicalmente toda posible actitud de abstencionismo. El Estado debe asumir una posición activa respecto a estos temas, y con mayor razón en aquellos países, como España, en los que por el grado actual de industrialización no se han alcanzado aún niveles intolerables de degradación del medio ambiente, salvo en casos muy excepcionales. Precisamente porque no es aún demasiado tarde es por lo que los esfuerzos para la protección del medio ambiente deben iniciarse sin más demora. Tal es, por lo demás, la postura que el Estado español mantiene, como aparece reflejado en el texto del III Plan de Desarrollo Económico y Social”.*

Aunque está unánimemente admitido que el primer paso en la evolución hacia el reconocimiento de la punición penal de los atentados contra el medio ambiente en nuestro Derecho, lo da precisamente la Constitución española de 1978, al reconocer en su art. 45<sup>772</sup>, dentro del capítulo dedicado a los “principios rectores de la política social

---

<sup>772</sup> Para Cantarero Bandrés, ya en el preámbulo de nuestra Norma Fundamental, se contempla, en términos generales, la protección del medio ambiente “en la medida en que «el progreso de la cultura y de la economía (es un objetivo) para asegurar a todos una digna calidad de vida». El medio ambiente forma parte, pues, del programa de promoción del Estado de bienestar, definido como Estado social por el artículo 1 de la Constitución española”. CANTARERO BANDRÉS, ROCÍO, 'El delito ecológico: Análisis del

y económica”, el derecho a disfrutar del medio ambiente y el deber de conservarlo<sup>773</sup>, también es cierto que se reconoce como precedente de dicho precepto el art. 45.2 de la Constitución de la II República española de 1931, que dictaminaba la obligación del Estado de proteger “los lugares notables por su belleza natural o por su reconocido valor histórico o artístico” y, como antecedente más inmediato, el art. 66 de la Constitución portuguesa de 1976, que reconoce el derecho de todos “a un ambiente humano de vida, saludable y ecológicamente equilibrado, y el deber de defenderlo”<sup>774</sup>.

---

actual tipo penal y sus antecedentes', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992) p. 73.

<sup>773</sup> Art. 45 CE: 1. *Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.* 2. *Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.* 3. *Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la Ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.*

<sup>774</sup> Vid. DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J., *Protección penal y accesoriedad administrativa*, (Cedecs, Barcelona, 1996) p. 21. También cita este autor como precedentes el art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (Nueva York, 1966) y la Declaración de la Conferencia de Estocolmo de 1972. Y MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Los delitos relativos al medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1998) pp. 21 y 22. Reconoce este autor las similitudes entre la constitucionalización de la protección al medio ambiente llevada a cabo por Portugal y la nuestra dos años después. Por un lado, la ubicación sistemática, ya que el art. 66 de la Constitución portuguesa se encuadra en el Capítulo “de los derechos y deberes sociales”, dentro del Título “de los derechos y deberes económicos”, y nuestro art. 45 lo hace en el capítulo “de los principios rectores de la política social y económica”, y por otro, el tenor literal de los artículos también es parecido. En el caso portugués el nº 1 del art. 66 señala que “todos tendrán derecho a un ambiente humano de vida saludable y ecológicamente equilibrado, y el deber de defenderlo”, muy parecido a nuestro art. 45.1, que establece que “todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo”. En cuanto al párrafo segundo del art. 66 de la Constitución portuguesa, establece en su letra d), dentro de las formas de actuación del Estado en defensa de los valores ambientales, que le corresponde “promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de renovación y la estabilidad ecológica”; semejante es nuestro art. 45.2, que prescribe que “los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”. Por último, el apartado 3 del art. 66 de la Norma Fundamental portuguesa señala que “todo ciudadano perjudicado o amenazado en el derecho a que se refiere el nº 1 podrá pedir, con arreglo a lo previsto en la ley, la cesación de las causas de violación del mismo y la correspondiente indemnización”; similar es nuestro art. 45.3, al concluir que “para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos

No obstante, puede considerarse la Constitución española como única en su género, ya que es la única en la que el legislador implica expresamente al orden penal para la protección medioambiental<sup>775</sup>. El debate constitucional respecto a esta cuestión no fue pacífico y así, el art. 38.3 del Anteproyecto de Constitución señalaba que “*para los atentados más graves contra el paisaje protegido y el medio ambiente se establecerán por ley sanciones penales, y la obligación de reparar el daño producido*”. El diputado Del Valle quería que se hiciera referencia a los “recursos no renovables de la Nación”; por otra parte, el diputado Rosón propuso una enumeración descriptiva en la que no aparecían como objeto específico de tutela ni el mar ni la atmósfera y abogaba por la remisión de la responsabilidad de tutela exclusivamente al Estado, excluyendo por tanto a las Comunidades Autónomas. Las propuestas de ambos diputados fueron rechazadas, como también se rechazó el reconocimiento explícito del criterio de *ultima ratio* del Derecho penal expresado en la oración “para los atentados más graves”. Se argumentó para su rechazo que la determinación de la gravedad es privativa del Derecho penal y se introdujo un concepto impreciso con una referencia doble o alternativa a la sanción penal y a la administrativa, lo que para Mena “incide en la necesaria, o al menos clásica construcción del tipo penal en blanco”<sup>776</sup>. Finalmente, quedó fijado el tenor literal del mandato a la protección medioambiental en los términos del actual art. 45 CE.

A partir del reconocimiento constitucional que supone el art. 45 CE, podemos señalar como hitos esenciales hasta llegar a la actual regulación de los delitos contra el medio ambiente los siguientes:

En primer lugar, el Proyecto de Código penal de 1980, elaborado por una

---

que la ley fije se establecerán sanciones penales, o en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

<sup>775</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, 'Protección penal del ambiente', en MANUEL COBO DEL ROSAL & MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (eds) *Comentarios a la legislación penal. Tomo I. Derecho penal y Constitución* (EDERSA, Madrid, 1982) PP. 18-19.

<sup>776</sup> MENA ALVAREZ, JOSÉ M<sup>a</sup>, 'La ecología como bien jurídico protegido', en *El proyecto de Código penal* (Ilte. Colegio de Abogados de Barcelona. Academia de Jurisprudencia y Legislación, Barcelona, 1980) p. 128.

comisión designada *ad hoc* y constituida por dos catedráticos de Derecho penal, un Magistrado y un Fiscal (éstos últimos del Tribunal Supremo)<sup>777</sup>, y en cuya Exposición de Motivos justificaba la incorporación de los preceptos que protegían el medio ambiente como “innovaciones que vienen ordenadas por la Constitución”. Para ello, se redactaron tres artículos (323, 324 y 325) destinados a la protección del medio ambiente, bajo el epígrafe de “delitos contra la salud pública”, ubicados en el Cap. III, Tít VII, y cuya misión era tipificar las conductas contaminadoras del aire y del agua consistentes en la realización de emanaciones en la atmósfera o vertidos en aguas que pudieran perjudicar gravemente a las personas, animales, bosques o plantaciones útiles cuando ello fuese consecuencia de la explotación de industrias o del ejercicio de actividades antirreglamentarias, elevándose las penas si la industria funcionara clandestinamente o sin autorización o aprobación administrativa de las instalaciones o si los actos se realizaban en inmediación de poblaciones o afectaban a aguas destinadas al consumo público y si el daño, por su gravedad, alcanzaba caracteres catastróficos (art. 323). También se sancionaba el establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos, urbanos, clandestinos o infractores de las prescripciones impuestas en la autorización (art. 324) e incluía una previsión específica destinada a castigar el comportamiento doloso de los funcionarios que estuviera relacionado con esas actividades, como información favorable de proyectos o concesión de licencias manifiestamente contrarios a las leyes o reglamentos y silenciamiento de la infracción de las normas con motivo de sus inspecciones (art. 325)<sup>778</sup>.

De este Proyecto de Código se dijo que “los tipos penales referentes a la tutela de la ecología, indican la ambigüedad de las fórmulas «ad exhibendum», que ponen de manifiesto, más que la función motivadora de tipo, una misión justificadora, y un

---

<sup>777</sup> La comisión nombrada el 25 de abril de 1978 por el entonces Ministro de Justicia Landelino Lavilla, estaba integrada por los catedráticos de Derecho penal Gonzalo Rodríguez Mourullo y Enrique Gimbernat Ordeig, el magistrado del TS Fernando Díaz Palos y el fiscal, también del TS, Cándido Conde-Pumpido Tourón. Vid. URRAZA ABAD, JESÚS, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, (La Ley, 2001) p. 186, nota 323.

<sup>778</sup> Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, 'La reciente historia del delito ecológico: del artículo 347 bis al proyecto de nuevo Código penal de 1994', en JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ (ed) *La protección jurídica del medio ambiente* (Aranzadi, Madrid, 1997) pp. 186-187. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, 'Introducción al delito ecológico', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992) p. 31.

propósito neutralizante, en beneficio del orden imperante. Es este sentido se sigue la pauta de los delitos de dimensión programática, como son los delitos sociales, o los de genocidio, presentes en los textos vigentes, y vírgenes, o poco menos, de incidencia social práctica”<sup>779</sup>. Con más dureza se mostró Rodríguez Ramos, quien consideró esta proyectada protección penal del medio ambiente “inconstitucional por omisión”, ya que, a su modo de ver, lo que se protegía no era realmente el medio ambiente sino la salud pública. Acusa también a esta prelegislación de “pereza e hipertrofia legislativas”, por la falta de referencia a las vigentes leyes penales especiales relacionadas con el medio ambiente y por la ausencia de tipos cualificados por el resultado. Esta pereza llevaría a una hipertrofia normativa al solapar tipos penales, lo que conduciría a confusión e incluso mutua neutralización en la práctica. Por último, criticó la imprecisión terminológica y conceptual en los términos utilizados, el olvido de importantes factores contaminantes y la omisión de referencias a las desobediencias y al carácter internacional del medio ambiente, de incriminaciones culposas y la desconexión con la problemática de los recursos naturales y de la calidad de vida<sup>780</sup>. No todo fueron críticas, y así, Conde-Pumpido lo considera “un hito básico, germen de enriquecedores debates y punto de referencia obligado de las diversas reformas parciales que con posterioridad se han realizado en nuestro sufrido Código penal”<sup>781</sup>. Fernández Albor alabó este proyecto al que consideró novedoso porque intentó compaginar los avances de la dogmática penal, la criminología y la ciencia penitencia, y además porque, en lo que a nuestro tema interesa, tuvo en cuenta las nuevas realidades sociales, “ya que nuestro país ha dejado de ser una sociedad agraria y rural y se ha convertido en una sociedad industrial

---

<sup>779</sup> MENA ALVAREZ, JOSÉ M<sup>a</sup>, 'La ecología como bien jurídico protegido', en *El proyecto de Código penal* (Iltre. Colegio de Abogados de Barcelona. Academia de Jurisprudencia y Legislación, Barcelona, 1980) p. 139.

<sup>780</sup> Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, 'Sobre una inadecuada pretensión de proteger penalmente el medio ambiente (Arts. 323 a 325 del Proyecto)', en *La reforma legal y penitenciaria* (Secretariado de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1980) pp. 472 y ss. y RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, 'Protección penal del ambiente', en MANUEL COBO DEL ROSAL & MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (eds) *Comentarios a la legislación penal. Tomo I. Derecho penal y Constitución* (EDERSA, Madrid, 1982) pp. 271 y ss.

<sup>781</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, 'Introducción al delito ecológico', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992) p. 30.

avanzada”<sup>782</sup>. Y esa concepción de la nueva realidad española se tradujo en el reconocimiento de un tipo delictivo basado en comportamientos contaminantes, si bien, en este primer escalón, no se concibe al medio ambiente como un bien jurídico autónomo, sino que se le considera como una nueva forma atentatoria contra el bien jurídico salud pública<sup>783</sup> que ya aparecía en el Código anterior.

El siguiente paso<sup>784</sup> lo constituye la L.O. 8/83 de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal de 1973<sup>785</sup>, que introdujo el art. 347 bis bajo el

---

<sup>782</sup> FERNÁNDEZ ALBOR, AGUSTÍN, 'Modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del código penal, en relación con los proyectos anteriores', *Cuadernos de política criminal*, nº 22 (1984). pp. 7 y 8

<sup>783</sup> Lo que, como hemos visto, fue objeto de duras críticas. *Vid.* también, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1992) p. 246.

<sup>784</sup> URRAZA ABAD, JESÚS, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, (La Ley, 2001) señala como hito intermedio la propuesta alternativa de regulación de la protección penal del medio ambiente planteada por Luis Rodríguez Ramos. Efectivamente, este autor es quien primero y diligentemente se ha dedicado al estudio y ha actuado de acicate para la creación de un buen texto legislativo que lo aborde. En concreto, establece los criterios que debe tener en cuenta el legislador para cumplir con el mandato del art. 45.3 CE en RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, 'Alternativas de la protección penal del medio ambiente', *Cuadernos de política criminal*, nº 19 (1983). pp. 133 y ss y años antes ya había presentado una propuesta de legislación para la tipificación de los delitos ecológicos en RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, 'Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España', *Estudios penales y criminológicos*, nº 5 (1980-1981). pp. 315-316.

<sup>785</sup> Tras el abandono, por falta de impulso gubernamental, del Proyecto de Código penal de 1980, el Ministro optó por la solución más fácil y rápida de las reformas parciales urgidas por exigencias políticas. *Vid.* LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO, *Crónica de la codificación española, nº 5. Codificación penal, vol. I*, (Ministerio de Justicia, Madrid, 1970) p. 914. Conde-Pumpido justifica esta solución alegando que las dificultades de tramitación legislativa de todo un Código penal de nueva planta conllevarían un previsible retraso provocado por los debates que, con toda seguridad, se originarían en torno a la reelaboración del Proyecto de 1980. *Vid.* CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, 'Introducción al delito ecológico', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992) p. 33. Por su parte, Quintero Olivares describe este proceso reconociendo que en ese contexto, el Ministerio de Justicia no podía hacer otra cosa distinta a la que hizo: por un lado, la amplia reforma urgente y parcial del Cp de 1973 para dar respuesta a los principios más importantes que estaban pendientes de cumplimiento y, por otro, continuar la elaboración de un nuevo Código penal utilizando para ello el anterior Proyecto de 1980, cuya estructura fundamental se respetaría, al menos en la Parte General. Los frutos de esta doble decisión fueron la L.O. 8/1983, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal y la propuesta de Anteproyecto de Código penal



epígrafe “Delitos contra la salud pública y el medio ambiente”, incorporándose, por primera vez<sup>786</sup>, en un código penal español un precepto criminal que tipificaba actuaciones contra el medio ambiente y al que se le denominó “delito ecológico”. En su Exposición de Motivos se justificaba dicha incorporación con estas palabras: “La protección jurídico-penal del medio ambiente, a pesar del rango constitucional que este bien de todos tiene, era prácticamente nula. La urgencia del tema viene dada por lo irreversibles que resultan frecuentemente los daños causados. Sin duda, unos preceptos penales no han de poder por sí solos lograr la desaparición de toda industria o actividad nociva para personas o medio ambiente; pero también es evidente que cualquier política tendente a introducir rigurosidad en ese problema requiere el auxilio coercitivo de la Ley penal”<sup>787</sup>. Pero, al igual que en el caso anterior, y aunque salvó parte de las críticas del Proyecto de Código penal de 1980 sobre la no autonomía del medio ambiente como bien jurídico independiente, al hacer mención al mismo en la rúbrica de la sección, es lo cierto que en esta reforma no se establece una clara independencia del bien jurídico medio ambiente, sino que parece seguir ligado al de la salud pública por su ubicación sistemática. Su contenido también se manifestaba deficiente, por cuanto que su protección penal se llevaba a cabo a través de bienes, que aunque conexos con el medio ambiente (vida o salud, por ejemplo), no pueden confundirse con él y además porque la protección que se le proporcionaba era tan sólo parcial, pues sólo hacía referencia a la contaminación provocada por emisiones o vertidos y no tenía en cuenta otras conductas atentatorias como la explotación y extracción abusiva de recursos naturales<sup>788</sup>.

Más tarde se crea la Propuesta del Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983<sup>789</sup>, en la que se establece un Título dedicado a los delitos relativos a la ordenación

---

de 1983. Vid. QUINTERO OLIVARES, GONZALO & MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *La reforma penal de 1983*, (Destino, Barcelona, 1984) pp. 11-19.

<sup>786</sup> Vid. CANTARERO BANDRÉS, ROCÍO, 'El delito ecológico: Análisis del actual tipo penal y sus antecedentes', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992) p. 74.

<sup>787</sup> BOE N° 152, de 27 de junio de 1983, pp. 17909 y ss.

<sup>788</sup> Vid. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1998) p. 57. Y MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1992) pp. 246-247.

<sup>789</sup> En enero de 1983, el entonces Ministro de Justicia Fernando Ledesma Bartret, nombró una Ponencia para la elaboración de un nuevo texto articulado sobre la base del Proyecto de Código penal de 1980, formada por los profesores Manuel Cobo del Rosal, Enrique Gimbernat Ordeig, Diego Manuel Luzón

del territorio y al medio ambiente, quedando así desvinculado éste de la salud pública. El Título aparecía dividido en dos capítulos, siendo la rúbrica del segundo “delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, formado por los arts. 310 a 314. Al margen de su ubicación, la redacción de los preceptos seguía esencialmente la del Proyecto de 1980 con algunas correcciones técnicas<sup>790</sup>. Se consolidaba así el carácter autónomo del medio ambiente como bien jurídico penalmente protegido, aunque, según Urza Abad, “la vuelta a los contenidos de los preceptos previstos en el Proyecto de 1980 impedía una vez más afirmar la absoluta independencia entre la salud de las personas y el medio ambiente. Un análisis detallado del art. 310 de la Propuesta del Anteproyecto dejaba entrever una excesiva vinculación entre ambos valores jurídicos, pudiendo llegar a afirmarse que, a pesar de la autonomía formal del medio ambiente, éste parecía protegido únicamente cuando los atentados contra el medio ambiente supusieran directa o indirectamente alguna clase de peligro actual para la salud de las personas”<sup>791</sup>.

Los Proyectos de Código penal de 1992 y 1994<sup>792</sup> ampliaron aquel Título, que

---

Peña, Francisco Muñoz Conde y Gonzalo Quintero Olivares y el Magistrado del Tribunal Supremo Manuel García Miguel. *Vid.* URRAZA ABAD, JESÚS, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, (La Ley, 2001) p. 189, nota 326. Describe Conde-Pumpido esta fase de la siguiente manera: “El debate doctrinal suscitado por el Proyecto de 1980 permitió introducir mediante la reelaboración encargada por el nuevo gobierno surgido de las elecciones de 1982 una importante serie de mejoras en dicho Proyecto de 1980. Así surgió la Propuesta de 1983, que, en lo que se refiere a la protección penal del medio ambiente, parte de una nueva estructuración de los tipos delictivos, considerando al bien jurídico medio ambiente como bien autónomo, protegido de manera directa y no en función del mantenimiento de la salud pública, dedicándole un capítulo específico inmediatamente a continuación de los delitos contra la Ordenación del Territorio, con los que forman un único título (...).” CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, 'Introducción al delito ecológico', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992) p. 31.

<sup>790</sup> *Vid.* CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, 'Introducción al delito ecológico', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992) p. 32.

<sup>791</sup> URRAZA ABAD, JESÚS, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, (La Ley, 2001) p. 194. ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> CARMEN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, (Comares, Granada, 2004) p. 3.

<sup>792</sup> García Valdés, uno de los componentes de la Ponencia para el Proyecto de Código penal de 1992 - junto con Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, Manuel García Miguel, Esteban Mestre Delgado, José M<sup>a</sup> Paz Rubio, Gonzalo Quintero Olivares y Tomás Salvador Vives Antón-, señalaba que la

pasó a denominarse “de los delitos relativos a la ordenación del territorio y a la protección de los recursos naturales y de la vida silvestre”, con un tercer capítulo dedicado, precisamente, a los delitos contra la vida silvestre. Para Urraza Abad<sup>793</sup>, el momento en que realmente se gesta el Derecho Penal Ambiental en España lo constituye el periodo que va desde la presentación del Anteproyecto de Código penal de 1991 hasta la publicación del Proyecto de Código Penal de 1992, llegando, por fin, a un reconocimiento claro del medio ambiente como bien jurídico penalmente protegido independiente del de la salud pública. Eso sí, el medio ambiente se sigue protegiendo en cuanto relación con el ser humano, pero esa relación ya no está basada en una protección de la salud sino de la calidad de vida.

El proceso culmina el 23 de noviembre de 1995, mediante la L.O. 10/95<sup>794</sup> por la

---

redacción de un nuevo Código penal era una necesidad imperiosa y que, aunque parezca que el proyecto de código penal se realizaba en muy corto periodo de tiempo, en realidad eran más de doce años de trabajo doctrinal pues se estudiaron y aprovecharon los materiales de los textos penales completos que se habían redactado anteriormente: el Proyecto de 1980 y la Propuesta del Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983. *Vid.* GARCÍA VALDÉS, CARLOS, 'Aspectos más importantes de la reforma que justifican la aparición de un nuevo Código penal.', *Estudios penales y criminológicos*, nº 16 (1992-1993). pp. 107-108 y GARCÍA VALDÉS, CARLOS, *El proyecto de nuevo Código penal: dos estudios de parte especial*, (Tecnos, Madrid, 1992) pp. 13-14. Las elecciones celebradas el 6 de junio de 1993 truncaron la promulgación de este texto articulado. Un año después se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales un nuevo proyecto de Ley, en el que, como explica en su Exposición de Motivos, se tuvieron muy presentes “*las discusiones parlamentarias del de 1992, el Dictamen del CGPJ, el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica. (...) No se pretende haber realizado una obra perfecta sino, simplemente, una obra útil*”. BOCG, Congreso de los Diputados, V legislatura, Serie A: Proyectos de ley, nº 77-1, de 26 de septiembre de 1994, p. 3.

<sup>793</sup> URRAZA ABAD, JESÚS, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, (La Ley, 2001) p. 194.

<sup>794</sup> En su Exposición de Motivos recoge una breve referencia a los materiales utilizados: “*En la elaboración del proyecto se han tenido muy presentes las discusiones parlamentarias del de 1992, el dictamen del Consejo General del Poder Judicial, el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica. Se ha llevado a cabo desde la idea, profundamente sentida, de que el Código Penal ha de ser de todos y de que, por consiguiente, han de escucharse todas las opiniones y optar por las soluciones que parezcan más razonables, esto es, por aquellas que todo el mundo debería poder aceptar*”. Y, como en el anteproyecto de 1994, indica que “*no se pretende haber realizado una obra perfecta, sino, simplemente, una obra útil*”. BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995, pp. 33988.

que se promulgaba el nuevo Código penal español, que recoge en su Título XVI los “delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente”<sup>795</sup>, dedicando el capítulo III a los “delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” y el capítulo IV a los “delitos relativos a la protección de la flora y fauna”. Este Título ha sido reformado en dos ocasiones: primero, la L.O. 15/2003 de 25 de noviembre, introdujo una mayor especificación de conductas en el art. 325 y modificó la rúbrica del capítulo IV, añadiéndole “y animales domésticos”; y, por último, la L.O. 5/2010 de 22 de junio, realizó una nueva reforma, y así, la rúbrica del Título XVI incorpora “y del urbanismo”, tras la mención a la ordenación de territorio. Como señala la Exposición de Motivos de esta última Ley, “las modificaciones en los delitos contra el medio ambiente responden a la necesidad de acoger elementos de armonización normativa de la Unión Europea en este ámbito. De conformidad con las obligaciones asumidas, se produce una agravación de las penas y se incorporan a la legislación penal española los supuestos previstos en la Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal”<sup>796</sup>. Por otro lado, en el capítulo IV, se elimina el requisito de ensañamiento para una “mayor protección a los animales domésticos o amansados frente a los malos tratos que ocasionen su muerte o menoscaben gravemente su salud”.

Sin embargo, ha sido objeto de crítica la disposición de estos delitos dentro del Título dedicado a la ordenación del territorio, el urbanismo y el patrimonio histórico, y que, en cambio, queden fuera una serie de preceptos que, de manera dispersa, se extienden por el texto punitivo y que también afectan al medio ambiente, como por ejemplo, los arts. 341 y ss, relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes, los

---

<sup>795</sup> Explica Santa Cecilia García la conveniencia de incluir los delitos contra el medio ambiente en el mismo título dedicado a los delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo: “Un sector de la doctrina mantiene –opinión que comparto– que medio ambiente, urbanismo y patrimonio histórico no se pueden entender como fenómenos aislados toda vez que existe una conexión entre todos ellos. Se parte de un concepto de medio ambiente indeterminado, pluridimensional e interdisciplinar, considerando a estos fenómenos «interconectados entre sí y determinantes de las condiciones de vida de los seres humanos y las sociedades» y aún cuando se trate de bienes jurídicos autónomos tienen evidentes conexiones que requieren «proximidad en su tratamiento»”. SANTA CECILIA GARCÍA, FERNANDO, 'Delitos contra los recursos naturales y medio ambiente', en FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, et al. (eds) *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2012) pp. 908-909.

<sup>796</sup> BOE nº 152, de 13 de junio de 2010, Sección I, p. 54819.

arts. 348 a 350, dentro de los delitos de riesgo catastrófico, en los que se nombra al medio ambiente, o los delitos de incendios recogidos en los arts. 352 y ss<sup>797</sup>.

### 3.4. LA JUSTIFICACIÓN DE LA TUTELA PENAL DEL MEDIO AMBIENTE

Podríamos considerar que, al menos en el caso español, la justificación de la tutela penal del medio ambiente es clara desde el momento en que el art. 45 CE, además de elevar la protección ambiental a la categoría de principio rector de la política social y económica, así lo reconoce<sup>798</sup>. Pero queda la duda de si el art. 45 CE obliga al legislador a acudir al Derecho penal o sólo lo habilita para optar por este recurso, pues, en puridad, la Constitución sólo recoge explícitamente la obligación de sancionar penalmente en el art. 46, cuando, para garantizar el patrimonio histórico, cultural y artístico de España, dispone que “*la ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio*”, y en el art. 55.2, en el que, tras posibilitar la suspensión de los derechos en determinados supuestos mediante una ley orgánica, determina que “*la utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, (...)*”, dejando, en todos los demás supuestos, libertad al legislador para que opte por el orden que considere más conveniente para la defensa de los bienes objeto de protección. Excepción hecha del art. 45, que es el que nos ocupa, en el que dispone una fórmula mixta, al establecer que “*en los términos que la Ley fije se establecerán sanciones*

---

<sup>797</sup> Se manifiestan en contra de esta ubicación sistemática: RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, *Derecho Penal. Parte especial III.*, (Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1999) p. 165., CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN, en MANUEL COBO DEL ROSAL (ed) *Derecho penal español. Parte especial* (Dykinson, Madrid, 2004) p. 653., MORALES PRATS, FERMÍN, en GONZALO QUINTERO OLIVARES (ed) *Comentarios a la parte especial del Derecho penal* (Thomson Reuters. Aranzadi, Navarra, 2010) p. 1229. Se muestran, sin embargo, conformes con esta ubicación por acoger una concepción amplia de la definición de medio ambiente y considerar, por tanto, que está íntimamente relacionado la ordenación del territorio con la materia medioambiental: MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 2010) p. 569., DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, 'Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código penal de 1995', *Actualidad Penal*, nº 15 (1998). pp. 311 y 313; SUÁREZ-MIRÁ RODRÍGUEZ, CARLOS, et al., *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 3ª ed., (Thomson Civitas. Aranzadi, Navarra, 2005) p. 384.

<sup>798</sup> Ver nota 773.

*penales o, en su caso, administrativas*”.

Tengamos en cuenta a este respecto que los límites del derecho a castigar del Estado deben ser otorgados por el ordenamiento constitucional (supremacía del poder constituyente sobre el constituido) porque si una de las funciones del ordenamiento jurídico es, precisamente, fijar los límites al poder punitivo del Estado, sería una contradicción que este límite se encontrase en el propio ordenamiento creado por el legislador ordinario, por lo que ese límite debe ser impuesto de manera externa al legislador pero con carácter normativo. Por tanto, la sanción penal sólo deberá adoptarse como *extrema ratio* cuando se esté atentando contra un bien constitucionalmente relevante<sup>799</sup>. Como explica Álvarez García, el TC ha confirmado la idea de que “hay que circunscribir la limitación inmanente de los derechos fundamentales a la que resulta de otros bienes constitucionalmente protegidos y excluye la que sirve a bienes objeto de una protección jurídica infraconstitucional, por muy importantes que sean socialmente”<sup>800</sup>. Pone como ejemplo este autor dos sentencias del TC en las que así se reconoce: STC 22/84 de 17 de febrero<sup>801</sup>, en la que se manifiesta que “*Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. Así, por ejemplo, el artículo 33 delimita el derecho de propiedad de acuerdo con su función social*, y STC 176/95 de 11 de diciembre<sup>802</sup> (RTC 1995\176), que, en su fundamento jurídico nº 6, afirma que “*El ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información no tiene otros límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución, que son los demás derechos y los derechos de los demás*”. Por otro lado, dado que la libertad está consagrada como “valor superior del ordenamiento jurídico” en el art. 1.1 CE y como derecho fundamental en el art. 17 CE, sólo podrá ser limitada por la lesión de otro valor constitucionalmente protegido, lo que significa que sólo es posible imponer sanciones penales privativas de libertad cuando el

---

<sup>799</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 1999) p. 12.

<sup>800</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 1999) p. 14.

<sup>801</sup> STC 22/1984 de 17 de febrero (RTC 1984\22), FJ 3.

<sup>802</sup> STC 176/95 de 11 de diciembre (RTC 1995\176), FJ 6.

bien atacado tenga relevancia constitucional, pero sin que ello suponga que la Constitución sustituya al legislador ordinario, pues a éste le corresponde determinar cuáles han de ser los bienes concretos a proteger y sus correspondientes medidas de tutela.

En cuanto a la pregunta que nos ocupa, esto es, si el art. 45 de la CE expresa un mandato de regulación medioambiental a través del Derecho penal o sólo habilita para ello, fue respondida por el Tribunal Supremo, que consideró<sup>803</sup> que *“nuestro texto constitucional que en su artículo 45 -en el marco de los principios rectores de la política social y económica-, coloca en lugar preferente el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona así como conservarlo, comprometiendo a los poderes públicos en la tarea de proteger y mejorar la calidad de la vida y la defensa y restauración del Medio Ambiente (...). Establecidos estos antecedentes se comprende la necesidad de dotar a estos intereses colectivos, que afectan a todos y cada uno de los ciudadanos, del máximo de protección que otorga el Derecho penal y que sólo puede ser aceptado en cuanto dispone del consenso de la generalidad. Es el propio texto constitucional el que abre paso e impone la fórmula de protección penal al establecer en el artículo 45.3 que para quienes violen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y la calidad de la vida se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado. La Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio cumple el mandato constitucional e introduce por primera vez en el artículo 347 bis del Código Penal la figura del delito ecológico”*. Se confirma en esta posición años más tarde, al afirmar<sup>804</sup>: *“fue nuestra propia Ley Fundamental la que, en su día, instituyera la*

---

<sup>803</sup> STS de 30 de noviembre de 1990 (RJ 1990\9269), fundamento de derecho duodécimo.

<sup>804</sup> STS 90/1997 de 1 de febrero (RJ 1997\687). Recientemente, el propio TS reconoce la necesidad de protección penal del medio ambiente al señalar en su STS 289/2010, de 19 abril [RJ 2010/5043], FD 7, que: *“el medio ambiente que se puede considerar adecuado es un valor de rango constitucional puesto que el derecho a disfrutarlo y el deber de conservarlo aparecen proclamados en el art. 45.1 de la Norma Fundamental . La importancia de este valor aconseja no recurrir con demasiada facilidad al principio de “intervención mínima” cuando se trata de defenderlo mediante la imposición de las sanciones legalmente previstas a los que lo violan. El citado art. 45 CE , en su tercer párrafo, proporciona una pauta a seguir en este sentido al prever que la ley establecerá sanciones penales o, en su caso, administrativas para los que violen el medio ambiente. Debe tomarse, en consecuencia, con ciertas reservas la afirmación -deslizada ocasionalmente en alguna resolución de esta misma Sala- de que el derecho penal actúa, en la*

*necesidad de reacción por parte del ordenamiento penal frente a los atentados más graves -en consonancia con el respeto al principio de intervención mínima- a ese interés digno de tutela que es el medio ambiente, pese a que la voluntad del constituyente no se viera en este sentido satisfecha hasta mucho tiempo después, concretamente hasta la reforma penal de 25 de junio de 1983, que por fin introdujo en el texto punitivo un precepto -el del art. 347 bis- encaminado a incriminar determinadas conductas atentatorias a dicho bien jurídico. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica que desarrolló la mencionada reforma, justificó la creación de ese precepto en los siguientes términos: «La protección jurídico-penal del medio ambiente, a pesar del rango constitucional que este bien de todos tiene, era prácticamente nula. La urgencia del tema viene dada por lo irreversible que resultan frecuentemente los daños causados. Sin duda, unos preceptos penales no han de poder por sí solos lograr la desaparición de toda industria o actividad nociva para personas o medio ambiente; pero también es evidente que cualquier política tendente a introducir rigurosidad en ese problema requiere el auxilio coercitivo de la Ley Penal»”.*

Pero, como la opinión doctrinal a este respecto no es unánime, considero que la justificación debe hacerse con mayor profundidad sobre la base de los argumentos de la Ciencia penal.

### **3.4.1. Bien jurídico: concepto.**

Si bien no cabe duda de que, como bien señala Mir Puig, “el bien jurídico cuenta desde mediados del siglo XIX (...) entre los conceptos fundamentales del Derecho

---

*protección penal del medio ambiente, de forma accesoria y subsidiaria con el respecto al derecho administrativo. Una cosa es que la realización del delito contra el medio ambiente presuponga que sea grave el peligro para la salud de las personas o el perjuicio en las condiciones de la vida animal o vegetal derivados de la acción típica y otra, completamente distinta y no acorde con la relevancia del bien jurídico protegido, es que la interpretación del art. 347 bis CP 1973 -y de los preceptos que lo han sustituido y ampliado en el capítulo III del título XVI CP 1995 - haya de hacerse sistemáticamente bajo la inspiración prioritaria del principio de intervención mínima ”. También en STS 1705/2001 [RJ 2001/8515], FD 1.*



penal”<sup>805</sup>, <sup>806</sup>, es realmente complicado encontrar un concepto unánime de “bien jurídico”, así como de los requisitos que debe cumplir para ser considerado como tal, de sus funciones e incluso de su denominación. Como bien expresó Vives Antón, “el concepto de bien jurídico es uno de los más problemáticos de la dogmática penal, pues todo en él se discute: desde su condición intra o extra normativa hasta su virtualidad hermenéutica y, sobre todo, su capacidad de servir de límite a los posibles excesos del legislador”<sup>807</sup>.

Efectivamente, son varios los sentidos en que se puede hablar de bien jurídico, pudiendo encontrarle al mismo diversas funciones: podemos estar refiriéndonos al contenido material de la infracción jurídico-penal, es decir, será antijurídica aquella conducta que menoscabe o ponga en peligro un bien jurídico, con lo que estaremos aludiendo a su función dogmática; podemos hacer referencia a su función sistemática, al servirnos para establecer un criterio de ordenación de las conductas delictivas, y a su función interpretativa, puesto que puede utilizarse para la interpretación de los elementos que el legislador maneja para la enunciación de los tipos penales; o podemos referirnos a los bienes jurídicos como aquellos que, por ser especialmente valiosos, deben ser tenidos en cuenta por el legislador para incluir la amenaza de una pena en el caso de que sean violentados, que es lo que se denomina la función político-criminal o función limitadora del *ius puniendi*<sup>808</sup>. También, como señala Obregón García, se puede hacer un uso descriptivo o valorativo de la expresión bien jurídico: “Se da la primera de

---

<sup>805</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., (BdF, Buenos Aires, 2003) p. 112.

<sup>806</sup> Tal es la importancia del elemento “bien jurídico” que, como bien señala Pedreira González, “todo delito ha de comportar la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico” (PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX Mª, 'El tipo básico', en FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA (ed) *El delito de tráfico de drogas* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 21.) y el mismo Tribunal Constitucional en su STC 24/2004, de 24 de febrero [RTC 2004/24], FJ 5, reconoce que “la imposición de sanciones penales sólo puede considerarse proporcionada y constitucionalmente legítima, si resulta necesaria para proteger bienes jurídicos esenciales frente a conductas lesivas o peligrosas para los mismos”.

<sup>807</sup> VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR, 'Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo', *Estudios penales y criminológicos*, nº 25 (2005). p. 401.

<sup>808</sup> SANZ MORÁN, ÁNGEL JOSÉ, 'Reflexiones sobre el bien jurídico', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, et al. (eds) *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del prof. T. S. Vives Antón). Tomo II* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 1754.

estas situaciones cuando se utiliza para indicar los bienes jurídicos que son objeto de efectiva tutela por parte de un Derecho penal positivo concreto; se emplea, en cambio «normativamente» cuando se hace referencia a los bienes jurídicos que –de acuerdo con una determinada opinión política- debieran ser protegidos por el Derecho penal”<sup>809</sup>.

A lo largo de la historia, e incluso en el presente, muchos han sido los debates acerca de la figura del bien jurídico y muchos, también, los distintos enfoques y soluciones a tan controvertido concepto.

En la evolución histórica, podemos encontrar como hitos más importantes en el proceso y desarrollo de este concepto los siguientes:

Se considera precursor de la teoría del bien jurídico en Derecho penal a Feuerbach -heredero de la filosofía de la Ilustración-, quien llama al bien jurídico “derecho subjetivo”, considerando como tal aquellas condiciones de vida en común de las que el Estado debe ser garante<sup>810</sup> y al que formuló, en palabras de Hassemer, “como

---

<sup>809</sup> OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO & GÓMEZ LANZ, JAVIER, *Derecho penal. Parte general: Elementos básicos de teoría del delito*, (Tecnos, Madrid, 2012) p. 68.

<sup>810</sup> En el §11 habla de derechos reparables e irreparables. Podemos encontrar este concepto también, entre otros, y circunscribiéndonos a la parte general, en los siguientes párrafos: §17: “La necesidad de asegurar los derechos de todos es la razón que funda la obligación del Estado a conminar penalmente”; §19: “Toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos”; §22: “Hay derechos que son independientes del ejercicio de cualquier acto de gobierno y del reonomiento del Estado (o sea, derechos de los súbditos del Estado o del Estado mismo)”; §23: “Puesto que la conservación de los derechos es el objetivo general de las leyes penales”; §37: “la lesión de un derecho en virtud de la una defensa necesaria no es un crimen”; §107: “En atención al objeto, una acción será más punible: 1) Cuanto más importante sea el derecho que con la misma se haya lesionado (...), y un derecho será insustituible sea (...); y 2) (...) o cuanto mayor número de derechos que con la misma se hayan lesionado efectivamente”; §108: “Desde el punto de vista objetivo (...), resultará la mayor punibilidad: a) De la lesión de derechos originarios frente a la lesión de los adquiridos”; §109: “Cuantas más personas sean lesionadas en sus derechos, tanto más lesionados serán los derechos”. Vid. FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania : en Apéndice, Código Penal para el Reino de Baviera, parte general*, Trad. de la 14ª ed. alemana, Giessen, 1847, (Hammurabi, Buenos Aires, 1989) pp. 59, 62, 63, 64, 65, 72, 115.. Traducción realizada por Eurgenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer.. Vid. también en FERNÁNDEZ, GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, (Bdf, Montevideo - Buenos Aires, 2004) pp. 11-14.

arma contra una concepción moralizante del Derecho penal”<sup>811</sup>.

Si bien se considera pionero a Feuerbach, es lo cierto que el primero en utilizar la expresión “bien jurídico”, a mediados del s. XIX, fue Birnbaum, quien introdujo este concepto en el ámbito de los delitos contra la religión y las buenas costumbres, oponiéndose a la concepción individualista de la lesión de derechos de Feuerbach, rechazando la tesis ilustrada y propugnando que el delito no lesiona derechos subjetivos (concepto abstracto y espiritual) sino bienes (mundo fáctico). Lo que pretendía, en última instancia, era ofrecer un concepto natural del delito, independiente del mero concepto positivo. Mientras Feuerbach identificaba el objeto de protección con los intereses privados de la víctima, Birnbaum lo hacía con lo realmente lesionado, con el bien, algo que iban más allá de la víctima y afectaba al interés de toda la colectividad, si bien no lo concebía como límite al *ius puniendi* del Estado<sup>812</sup>.

---

BIANCHI PÉREZ, PAULA BEATRIZ, 'Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal', *Dikaiosyne*, n° 22 (2009). p. 30. HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, 2ª ed., (Editorial jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1992) p. 14.

<sup>811</sup> En concreto, explica Hassemer que “el concepto de bien jurídico es obra del pensamiento de la Ilustración. Lo fundamentó y formuló Paul Johann Anselm Feuerbach como arma contra una concepción moralizante del Derecho penal. Para declarar una conducta como delito no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos. De este modo se sentaron las bases para un sistema penal orientado empíricamente, si bien han sido necesarias muchas batallas para lograr dirigir la atención del legislador y de los penalistas hacia las consecuencias del comportamiento”. HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos de Derecho penal*, (Bosch, Barcelona, 2005) p. 37. Traducción realizada por Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero.

<sup>812</sup> “Si se quiere considerar el delito como *lesión*, este concepto tiene que referirse naturalmente a la lesión de un *bien*, no a la de un *derecho*”. BIRNBAUM, JOHANN MICHAEL FRANZ, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, (Bdef, Montevideo - Buenos Aires, 2010) p. 57. Vid. también en HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos de Derecho penal*, (Bosch, Barcelona, 2005) ;SANZ MORÁN, ÁNGEL JOSÉ, 'Reflexiones sobre el bien jurídico', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, et al. (eds) *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del prof. T. S. Vives Antón)*. Tomo II (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 1753., FERNÁNDEZ, GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, (Bdf, Montevideo - Buenos Aires, 2004) p. 15., BIANCHI PÉREZ, PAULA BEATRIZ, 'Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal', *Dikaiosyne*, n° 22 (2009). p. 31 MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., (BdF, Buenos Aires, 2003) pp. 112-113. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, 'El medio ambiente como bien

Más adelante, en la escuela positivista, —“culminación del racionalismo, centrado exclusivamente en el Derecho positivo y libre de toda otra consideración filosófica o metajurídica”<sup>813</sup> - Binding concibe el bien jurídico como una creación valorativa del legislador, de manera que el bien jurídico lo es por su calidad de interés para la vida jurídica y está formado por lo que el legislador encuentra valioso para el desarrollo de la vida en comunidad y al que procura asegurar. Se conecta el concepto de delito como acto de desobediencia a la norma, pues toda norma entraña un bien jurídico y, por tanto, toda desobediencia a la norma supone una lesión al bien jurídico. Es decir, el bien jurídico es entendido, como objeto de protección y núcleo del injusto, sólo en su función dogmática<sup>814</sup>.

Contrario al pensamiento de Binding y considerado como el creador de una nueva etapa en la teoría del bien jurídico, es más, del moderno sistema de delito, al ser el primero en abandonar el Derecho penal del liberalismo clásico y fundar lo que se ha denominado el positivismo naturalista, pensamiento adecuado a un Estado social intervencionista en el que se admitía que el Estado se adelantase a la comisión efectiva de los delitos como medida preventiva, von Liszt define el bien jurídico como el interés jurídicamente protegido, es decir, las condiciones vitales del individuo o de la sociedad amparadas por el Derecho, esto es, entiende el delito como lesión de intereses, aunque

---

jurídico tutelado', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992) p. 41. ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL A., 'Acerca de la teoría de los bienes jurídicos', *Revista penal*, nº 21 (2008). pp. 3-4. RODAS MONSALVE, JULIO CÉSAR, *Protección penal y medio ambiente*, (PPU, Barcelona, 1993) p. 20.

<sup>813</sup> Vid. FERNÁNDEZ, GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, (Bdf, Montevideo - Buenos Aires, 2004) p. 18.

<sup>814</sup> Vid. FERNÁNDEZ, GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, (Bdf, Montevideo - Buenos Aires, 2004) pp. 17-20., BIANCHI PÉREZ, PAULA BEATRIZ, 'Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal', *Dikaiosyne.*, nº 22 (2009). p. 31, SANZ MORÁN, ÁNGEL JOSÉ, 'Reflexiones sobre el bien jurídico', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, et al. (eds) *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del prof. T. S. Vives Antón). Tomo II* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 1756. MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., (BdF, Buenos Aires, 2003) p. 113. HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, 2ª ed., (Editorial jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1992) p. 33.

sin aclarar la diferencia entre bien e interés. Este autor quiso dotar de un contenido específico al bien jurídico para que pudiera servir como límite al *ius puniendi*: para él, el bien jurídico es una creación de la vida, un interés vital del individuo o de la comunidad<sup>815</sup>.

El siguiente paso lo encontramos en la escuela neokantiana, que surge como reacción contra el positivismo y, en el plano del Derecho penal, supone un giro radical respecto al concepto de bien jurídico, al centrar su atención en el rendimiento teleológico del concepto. El bien jurídico deja de ser un bien con un contenido real, no es una cosa, persona o situación, sino que se considera una categoría formal, cuyo contenido material, que es indelimitado, se confunde con la finalidad de la ley. El bien jurídico es lo que traduce la finalidad de la norma, la *ratio legis* que ha de guiar la interpretación de los tipos penales; es, por tanto, un concepto meramente interpretativo que no puede establecer límites al legislador. Esta espiritualización del concepto de bien jurídico le hace perder su carácter garantista y limitador del *ius puniendi*<sup>816</sup>.

---

<sup>815</sup> En concreto Von Liszt dispuso que “Nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho. Bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico. (...) La necesidad crea la defensa y con el cambio de los intereses varía el número y la especie de los bienes jurídicos”. Vid. VON LISTZ, FRANZ, *Tratado de Derecho penal. Tomo II*, (Traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho penal español por Quintilano Saldaña), 4ª ed., (Reus, Madrid, 1999) p. 6. Vid. también en MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., (BdF, Buenos Aires, 2003) p. 105 y nota 236., FERNÁNDEZ, GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, (Bdf, Montevideo - Buenos Aires, 2004) pp. 20-24., SANZ MORÁN, ÁNGEL JOSÉ, 'Reflexiones sobre el bien jurídico', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, et al. (eds) *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del prof. T. S. Vives Antón). Tomo II* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 1756., BIANCHI PÉREZ, PAULA BEATRIZ, 'Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal', *Dikaiosyne.*, nº 22 (2009). p. 32. MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., (BdF, Buenos Aires, 2003) p. 113. BACIGALUPO, ENRIQUE, *Teoría y práctica del Derecho penal. Tomo I.*, (Marcial Pons, Madrid, 2009) pp. 168-169. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, 'El medio ambiente como bien jurídico tutelado', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992) p. 42. RODAS MONSALVE, JULIO CÉSAR, *Protección penal y medio ambiente*, (PPU, Barcelona, 1993) P. 20.

<sup>816</sup> Vid. FERNÁNDEZ, GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, (Bdf, Montevideo - Buenos Aires, 2004) pp. 24-28., MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed., (Reppertor, Barcelona, 2011) p. 163., BIANCHI PÉREZ, PAULA BEATRIZ, 'Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática

Con el nacional-socialismo en Alemania surge la Escuela de Kiel<sup>817</sup> que representó la teorización del Derecho penal de ese movimiento. Se caracterizó por la defensa de un sistema jurídico de fondo emotivo y la utilización de procedimientos intuitivos acordes con la consideración del Derecho como un sentimiento del pueblo. Aprovechando las ideas espiritualistas neokantianas, en un primer momento, llegaron a negar el concepto de bien jurídico como límite al *ius puniendi*, aunque más tarde lo admitieran, eso sí, sólo desde una perspectiva metodológica, sin contenido como instrumento político criminal. Como característica positiva de esta escuela cita Mir Puig la atención -propia del ambiente de la época- por lo real-concreto más que por lo abstracto, esto es, la filosofía del hombre absolutamente real, como ser individual irrepetible<sup>818</sup>.

Tras la Segunda Guerra Mundial y como actitud reactiva a la anterior doctrina, surge una corriente de vuelta “a la filosofía del Derecho, a las fuentes del Derecho natural y al mundo de los valores”<sup>819</sup>. Se vuelve a la concepción político-criminal del bien jurídico<sup>820</sup>.

---

penal', *DikaioSYne.*, nº 22 (2009). p. 32, SANZ MORÁN, ÁNGEL JOSÉ, 'Reflexiones sobre el bien jurídico', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, et al. (eds) *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del prof. T. S. Vives Antón). Tomo II* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 1756. MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., (BdF, Buenos Aires, 2003) p. 114. BACIGALUPO, ENRIQUE, *Teoría y práctica del Derecho penal. Tomo I*, (Marcial Pons, Madrid, 2009) pp. 168-169.

<sup>817</sup> Vid. FERNÁNDEZ, GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, (Bdf, Montevideo - Buenos Aires, 2004) pp. 31-33., BIANCHI PÉREZ, PAULA BEATRIZ, 'Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal', *DikaioSYne.*, nº 22 (2009). pp. 32-33, MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., (BdF, Buenos Aires, 2003) pp. 235-239.

<sup>818</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., (BdF, Buenos Aires, 2003) p. 238.

<sup>819</sup> FERNÁNDEZ, GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, (Bdf, Montevideo - Buenos Aires, 2004) p. 35.

<sup>820</sup> Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, 'El medio ambiente como bien jurídico tutelado', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992) pp. 43-44.

En concreto es Welzel, máximo exponente del finalismo<sup>821</sup>, quien inicia esta etapa. Para este autor, el Derecho penal tiene una función ético-social cuya misión primordial consiste en proteger los valores elementales de conciencia -valores ético-sociales- y, por ello, debe, simultáneamente, proteger los bienes jurídicos particulares<sup>822</sup>. Es decir, que la protección de los bienes jurídicos como finalidad del Derecho penal se articula dentro del objetivo conjunto del mantenimiento de los valores que persigue el Derecho penal, perdiendo, por tanto, el bien jurídico su posición preeminente como jalón legitimador del mismo<sup>823</sup>. Welzel define al bien jurídico como “todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones”, puntualizando que la suma de los bienes jurídicos constituyen el orden social y, por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente sino en conexión con todo el orden social<sup>824</sup>. Así para este autor, la suma de los bienes jurídicos compone el orden social creado y protegido por el Derecho<sup>825</sup>.

Finalmente, este panorama cambia de rumbo con la obra de Jäger, para quien los bienes jurídicos son estados o situaciones valiosos, que pueden ser modificados por el comportamiento humano y, por ende, protegidos por las normas jurídico-penales frente a estas modificaciones. Para él, proposición normativa y objeto de protección, o, con

---

<sup>821</sup> Vid. WELZEL, HANS, *El nuevo sistema de Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 2ª reimpr., (Bdef, Buenos Aires - Montevideo, 2004) passim. Traducción realizada por José Cerezo Mir. Así lo reconoce MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., (BdF, Buenos Aires, 2003) p. 224.

<sup>822</sup> Vid. WELZEL, HANS, *El nuevo sistema de Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 2ª reimpr., (Bdef, Buenos Aires - Montevideo, 2004) pp. 71-72, nota 10. y WELZEL, HANS, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 2ª reimpr., (Bdef, Buenos Aires - Montevideo, 2005) pp. 323-324. Traducción realizada por Felipe González Vicén. También citado en FERNÁNDEZ, GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, (Bdf, Montevideo - Buenos Aires, 2004) p. 39.

<sup>823</sup> Vid. MÜSSIG, BERND. , 'Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema.', *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, nº 9 (2002). p. 174 (Traducción realizada por Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos)

<sup>824</sup> Vid. BIANCHI PÉREZ, PAULA BEATRIZ, 'Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal', *Dikaio syne.*, nº 22 (2009). p. 33, FERNÁNDEZ, GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, (Bdf, Montevideo - Buenos Aires, 2004) p. 40.

<sup>825</sup> Vid. CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte General. I Introducción*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2004) p. 14.

otras palabras, protección de bienes y constitución de bienes, son conceptos irreconciliables, cuya unión resulta insostenible, ya que ello conduciría a concebir el injusto como una simple contrariedad formal con la norma y, además, sólo se puede imaginar la protección cuando, antes del acto legislativo, ya existe un bien defendible. No puede renunciarse a la exigencia de un bien jurídico, pues, en caso contrario, no se sabría por qué se castiga y no podría determinarse el sentido del castigo<sup>826</sup>.

Como hemos dicho, tras la Segunda Guerra Mundial resurge la concepción del bien jurídico desde el punto de vista político-criminal, pero es a partir de los años setenta, momento en que podemos considerar que se inicia la era moderna en el estudio de este concepto en toda Europa<sup>827</sup>, cuando se intensifican las discusiones sobre el mismo, de tal manera que hasta nuestros días sigue siendo un elemento controvertido y que genera una abundantísima literatura jurídico-penal.

Ahora bien, a partir de ese momento, las nuevas disquisiciones sobre el tema que nos ocupa se han desarrollado fundamentalmente no sólo desde un punto de vista político-criminal, sino, sobre todo, referidas a la Constitución, para dejar bien anclado un Derecho penal ajustado al Estado de Derecho, en concreto al Estado Constitucional de Derecho, también denominado Estado social y democrático de Derecho. Decía Roxin que “el punto de partida correcto [para la concreción del concepto de bien jurídico] consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente sólo puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a

---

<sup>826</sup> Vid. VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR, 'Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo', *Estudios penales y criminológicos*, nº 25 (2004). pp. 418-419, SANZ MORÁN, ÁNGEL JOSÉ, 'Reflexiones sobre el bien jurídico', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, et al. (eds) *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del prof. T. S. Vives Antón). Tomo II* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 1757.

<sup>827</sup> Opinan, por el contrario, que la edad moderna en cuanto a la concepción del bien jurídico, empieza con el finalismo de Welzel: MÜSSIG, BERND. , 'Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema.', *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, nº 9 (2002). p. 173 (Traducción realizada por Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos) y FERNÁNDEZ, GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, (Bdf, Montevideo - Buenos Aires, 2004) p. 35.



través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado”<sup>828</sup>.

Estas teorías sobre el bien jurídico basadas en la Constitución se pueden dividir a su vez (de manera muy sintética y esquemática), dependiendo del grado de intensidad que se ponga en la relación Constitución-Derecho penal para la explicación del bien jurídico, en teorías jurídico-constitucionales y teorías sociológicas. Las primeras se basan en la interpretación de bien jurídico como disposición de un texto constitucional o, al menos, que se trate de un bien respetuoso con la Constitución y con la forma de Estado que la misma consagra<sup>829</sup>. Destaca Bricola y su definición del bien jurídico como “hecho lesivo con valor constitucionalmente relevante”<sup>830</sup>. Las segundas se basan en el “daño social”, y así Amelung entiende el bien jurídico como “las condiciones de existencia de la vida social, porque el perjuicio causado por el delito sólo se mide según el daño producido al sistema social”<sup>831</sup> y Roxin define los bienes jurídicos como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”<sup>832</sup>. Con un contenido radicalmente individualista, Hassemer considera que el bien jurídico sólo incluye los intereses individuales que afecten a la persona, al ser humano<sup>833</sup>.

---

<sup>828</sup> ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1ª. 5ª reimpr., (Civitas, Madrid, 2008) p. 54. (Traducción realizada por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal).

<sup>829</sup> BIANCHI PÉREZ, PAULA BEATRIZ, 'Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal', *Dikaio syne.*, nº 22 (2009). pp. 33-34.

<sup>830</sup> Vid. SANZ MORÁN, ÁNGEL JOSÉ, 'Reflexiones sobre el bien jurídico', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, et al. (eds) *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del prof. T. S. Vives Antón). Tomo II* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 1760.

<sup>831</sup> Vid. FERNÁNDEZ, GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, (Bdf, Montevideo - Buenos Aires, 2004) p. 59. BIANCHI PÉREZ, PAULA BEATRIZ, 'Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal', *Dikaio syne.*, nº 22 (2009). pp. 40.

<sup>832</sup> ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1ª. 5ª reimpr., (Civitas, Madrid, 2008) p. 55. (Traducción realizada por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal).

<sup>833</sup> HASSEMER, WINFRIED & MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1989) pp. 107 y ss. Vid. también GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p.

En cuanto al momento presente, como he dicho antes, este controvertido tema sigue suscitando muchas polémicas y debates, coexistiendo en la actualidad planteamientos muy diversos<sup>834</sup>: desde quien se muestra escéptico con el concepto de bien jurídico<sup>835</sup>, a quien lo defiende abiertamente<sup>836</sup>, pasando por quien recoge modelos alternativos<sup>837</sup>.

Respecto a la actual situación de este tema en el Derecho patrio, encontramos en los diferentes autores distintos conceptos de bien jurídico, pero con una clara tendencia a considerarlo, con unos u otros matices, como aquello que se considera relevante y

---

177. FERNÁNDEZ, GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito*, (Bdf, Montevideo - Buenos Aires, 2004) p. 62.

<sup>834</sup> No voy a entrar en el estudio de todos esos enfoques y formulaciones pues ello daría para una tesis entera y no es ese el objeto de esta disertación.

<sup>835</sup> WOHLERS, WOLFGANG, 'Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007) pp. 403 y ss. (Traducción realizada por Margarita Valle Mariscal de Gante).

<sup>836</sup> HEFENDEHL, ROLAND, 'Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007) pp. 409 y ss. (Traducción realizada por María Martín Lorenzo), HEFENDEHL, ROLAND, 'El bien jurídico como eje material de la norma penal', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007) pp. 179 y ss. (Traducción realizada por María Martín Lorenzo), SCHÜNEMANN, BERND, 'El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007) pp. 197 y ss. (Traducción realizada por María Martín Lorenzo y Mirja Feldman, con la ayuda de Luis Greco). GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, 'Presentación', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmatico?* (Marcial Pons, Madrid, 2007) p. 11.

<sup>837</sup> VON HIRSCH, ANDREW, 'El concepto de bien jurídico y el "principio del daño"', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007) pp. 37 y ss. (Traducción realizada por Rafael Alcácer Guirao), SEELMANN, KURT, 'El concepto de bien jurídico, el harm principle y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007) pp. 373 y ss. (Traducción realizada por María Martín Lorenzo).

necesitado de protección porque permite la convivencia pacífica en sociedad y su mantenimiento. Veamos algunos ejemplos de lo que nuestros autores nacionales entienden por bien jurídico: Cerezo Mir considera que bienes jurídicos son los “bienes vitales fundamentales del individuo y la comunidad” y “todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el Derecho”<sup>838</sup>. Para García-Pablos “los bienes jurídicos son bienes vitales, fundamentales, para el individuo y la comunidad que precisamente al ser tutelados por el Derecho se convierten en bienes *jurídicos*”<sup>839</sup>. Berdugo Gómez de la Torre el los define como “valores ideales (inmateriales) del orden social sobre los que descansa la armonía, el bienestar y la seguridad de la vida en sociedad”<sup>840</sup>. Álvarez García señala los requisitos que debe tener el concepto que se elabore: “por una parte riqueza de contenido, por otra autoridad frente al legislador ordinario. La primera servirá para designar qué bienes pueden llegar a gozar de la protección penal; la segunda para evitar que el límite sea ilusorio, ya que si se deja en manos del legislador ordinario la determinación de qué es lo que se considera vital, el límite habrá dejado de existir”<sup>841</sup>. Vives Antón propuso la que denominó “concepción procedimental del bien jurídico” según la cual “no es que acepte, sin más, como bienes jurídicos dignos de protección los que el legislador, por el procedimiento democrático, tenga a bien escoger; sino que concibe el bien jurídico, no en términos de *objeto* sino en términos de *justificación*. Hablar de bien jurídico (...) es apuntar a las razones que pueden justificar inmediatamente el delito y la pena. Así concebido, el bien jurídico (...) es un momento del proceso de justificación racional de la limitación de libertad”<sup>842</sup>. Siguiendo a Vives Antón, Moreno Alcázar lo define como “todo valor de la vida humana protegido por el

---

<sup>838</sup> CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2004) p. 13 y 14.

<sup>839</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 174.

<sup>840</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, et al., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, (Experiencia, Barcelona, 2010) p. 210.

<sup>841</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 1999) p. 11.

<sup>842</sup> VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR, 'Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo', *Estudios penales y criminológicos*, nº 25 (2005). pp. 437-438

Derecho”<sup>843</sup>. Rodríguez Ramos equipara el objeto formal del delito al bien jurídico protegido, al que define como “el interés o valor que motiva la tipificación como delito de tal conducta”<sup>844</sup>. Muñoz Conde y García Arán conceptúan los bienes jurídicos como “aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social”<sup>845</sup>. Gimbernat Ordeig establece la distinción entre interés y bien jurídico, pues no cualquier interés puede ser considerado bien jurídico sino únicamente los intereses positivamente valorados por el ordenamiento jurídico. En palabras del mencionado autor: “Interés no equivale a bien jurídico. Todo bien jurídico es un interés, pero no todo interés alcanza la categoría de bien jurídico: este último requiere, además, que, por consistir en un derecho subjetivo de la persona o por cualquier otra razón, incluso la de tratarse de un *sentimiento social legítimo*, sea *valorado positivamente* por el ordenamiento jurídico”<sup>846</sup>. Por último Mir Puig distingue la utilización del concepto de bien jurídico en dos sentidos: uno, “en el sentido político-criminal (*de lege ferenda*) de lo único que merece ser protegido por el Derecho penal (en contraposición, sobre todo, a los valores solamente morales)” y otro, “en el sentido dogmático (*de lege data*) de objeto efectivamente protegido por la norma penal vulnerada de que se trate”<sup>847</sup>.

Como hemos visto, la doctrina, en general, habla de bien jurídico sin más; sin embargo, a este respecto, hace Mir Puig una puntualización que me parece muy interesante, cuál es la distinción entre “bien jurídico” y “bien jurídico-penal”. Bienes jurídicos serían aquellos objetos que merecen un amparo jurídico *in genere* mientras que los bienes jurídico-penales serían aquellos que merecen, por su mayor relevancia, una protección penal. Aunque me referiré a este tema más adelante, al hablar sobre si el

---

<sup>843</sup> MORENO ALCÁZAR, JOSÉ MANUEL, *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos (una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad)*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2002) p. 240.

<sup>844</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, *Compendio de Derecho penal (Parte general)*, 2ª ed., (Dykinson, Madrid, 2010) pp. 113.

<sup>845</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO & GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte general.*, 8ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 2010) p. 59.

<sup>846</sup> GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, 'Presentación', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmatico?* (Marcial Pons, Madrid, 2007) p. 15.

<sup>847</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed., (Reppertor, Barcelona, 2011) p. 161.

medio ambiente merece o no tener la consideración de bien jurídico-penal, adelanto aquí, resumidamente, las ideas de este autor sobre esta cuestión. Sostiene Mir Puig que para que un bien jurídico pueda considerarse bien jurídico-penal debe cumplir dos condiciones: suficiente importancia social y necesidad de protección por el Derecho penal. La importancia social ha de corresponderse con la gravedad de las consecuencias propias del Derecho penal, pues “el uso de una sanción tan grave como la pena requiere el presupuesto de una infracción igualmente grave”. Lo difícil es saber cuándo un interés es fundamental para la vida social y cuando no. Para responder a esta cuestión, propone tener en cuenta que exista un reconocimiento constitucional del mismo, que se compare con los bienes jurídico-penales que integran el núcleo del Derecho penal, exigiéndose una mínima gravedad en la repercusión del interés colectivo en cada individuo, y que se exija una importancia concreta del grado de afectación del bien. En cuanto al segundo requisito, la necesidad de protección penal, significa que la importancia del bien sea tal que no basten para su tutela otros medios de defensa menos lesivos que el Derecho penal<sup>848</sup>.

De acuerdo en el reconocimiento constitucional para la consideración de bien jurídico se muestra Terradillos Basoco, para quien los valores no deben ser los que originen la creación de un tipo penal, aunque el concepto de valor está próximo al de bien jurídico, ya que con ellos se alude a juicios éticos. Si bien, por otro lado, reconoce que el Derecho en general, y en concreto el Derecho penal, son reflejo de las concepciones éticas dominantes en una sociedad, en las que deben basarse las decisiones de política criminal, por lo que en una sociedad democrática las concepciones defendidas por la mayoría encuentra su reflejo en la Constitución. Por ello, afirma este autor que “los valores juegan respecto al Derecho penal no el papel de objetivos a lograr sino el de mínimos a respetar”<sup>849</sup>.

De entre todas las definiciones de bien jurídico, consideraría la más acertada una mezcla de la que defienden Muñoz Conde y García Arán, por un lado (aquellos

---

<sup>848</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Estado, pena y delito*, (BdF, Montevideo - Buenos Aires, 2006) pp.85-94. Y MIR PUIG, SANTIAGO, 'Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi', *Estudios penales y criminológicos*, n° 14 (1989-1990). pp. 205-215.

<sup>849</sup> TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 'La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal', *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, n° 63 (1981). pp. 132-133.

presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social), y García-Pablos, por otro (los bienes jurídicos son bienes vitales, fundamentales, para el individuo y la comunidad). Efectivamente, a mi modo de ver, el Derecho penal, que es el máximo garante, la *ultima ratio*, el escalón más alto y contundente, debe tutelar, proteger y velar por la salvaguarda de los bienes jurídicos<sup>850</sup>. Por tanto, bienes jurídicos (bien jurídico-penal en palabras de Mir Puig) deben serlo únicamente los valores esenciales y por valores esenciales hemos de entender todos aquellos que una persona necesita para poder vivir<sup>851</sup> tranquila. Las personas no vivimos solas sino en comunidad, por lo que también hay que incluir aquellos valores que son necesarios para mantener una convivencia pacífica en la sociedad, en comunidad<sup>852</sup>. Bien jurídico, por tanto, es todo lo que es necesario para vivir y convivir, seguros y en paz, en libertad y con respeto en comunidad.

---

<sup>850</sup> En torno al tema de si la protección de bienes jurídicos es una finalidad del Derecho penal, *vid.* ROXIN, CLAUS, '¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, madrid, 2007) pp. 443 y ss. (Traducción realizada por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno). HASSEMER, WINFRIED, '¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007) pp. 95 y ss. Traducción realizada por Beatriz Spínola Tártalo.

<sup>851</sup> Entiéndase el verbo “vivir” en su acepción amplia, con todo lo que ello implica en las distintas etapas de la vida: poder estudiar, poder pasear, poder dormir, poder tener “tú” espacio y pertenencias, poder disfrutar de un ambiente limpio, poder desarrollarte profesionalmente, poder moverte libremente, ...

<sup>852</sup> Por “comunidad” ha de entenderse aquella con la que nos podamos identificar en nuestra existencia social. Señala Stratenwerth que “la comunidad no es sólo el marco necesario de nuestra libertad, no es una mera condición de la posibilidad de llevar a cabo nuestros asuntos de forma tranquila. La comunidad constituye el punto de referencia de nuestra identidad social”. STRATENWERTH, GÜNTER, 'La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007) p. 367. (Traducción realizada por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Margarita Valle Mariscal de Gante).

### 3.4.2. Los bienes jurídicos colectivos: ¿deben ser objeto de tutela penal?

Como hemos podido ver antes, el tema del bien jurídico despierta enconadas discusiones doctrinales y hoy en día uno de esos múltiples debates gira en torno a si el concepto de bien jurídico está en crisis debido a que los contornos del Derecho penal se expanden y difuminan, siendo precisamente el estudio de los bienes colectivos uno de los ámbitos más ricos en problemas político-criminales y dogmáticos<sup>853</sup>. En particular, se plantea el problema de si el Derecho penal debe proteger -y de si sólo se deben considerar bienes jurídico-penales- a los individuales o también deben gozar de protección y de consideración los bienes colectivos<sup>854</sup>.

Este debate es importante porque el primer problema con el que nos encontramos al analizar los delitos ambientales es el del bien jurídico protegido, en concreto y como hemos analizado en el epígrafe anterior, qué debe entenderse por bien jurídico y, más precisamente, por bien jurídico-penal, e inmediatamente después, si los

---

<sup>853</sup> Explica Bermudo Gómez de la Torre que político-criminalmente, porque se manifiesta la no utilización del Derecho penal para proteger intereses que son de gran relevancia social, pero que resultan contrarios a intereses políticos y económicos, y dogmáticamente, porque los códigos penales europeos son producto del Estado liberal que fue sobre el que se asentaron los primeros instrumentos del Derecho penal. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, 'El medio ambiente como bien jurídico tutelado', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992) pp. 44-45. Vid. también MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, (Civitas, Madrid, 2001) pp. 68-70. Señala esta autora los siguientes problemas: delimitar con claridad el bien jurídico tutelado en cada caso para determinar si es lesionado o puesto en peligro con la conducta típica, establecer la relación de causalidad entre la conducta y los posibles efectos, concretar si el bien jurídico se refiere a intereses individuales o no, establecer la compatibilidad o no de tal difuminación con los principios de necesaria lesividad del delito y de intervención mínima y resolver los problemas que pudieran surgir de atribución jurídico-penal de un comportamiento a su autor.

<sup>854</sup> También llamados “delitos con víctimas difusas”. Cfr. MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Derecho penal del medio ambiente*, (Iustel, Madrid, 2008) p. 49. Mateos Rodríguez-Arias, por su parte, considera que el interés colectivo es el interés difuso reconocido por el Derecho, es decir, es una segunda etapa en el proceso de formación de ese bien jurídico, primero es un bien difuso y más tarde, cuando se le reconoce jurídicamente debido a la necesidad universalmente sentida por una sociedad, se convierte en bien colectivo. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1992) p. 37.

bienes jurídicos colectivos deben tener tal consideración para poder llegar a una justificación de la tutela penal del medio ambiente.

En este capítulo haré referencia únicamente a la necesidad o no de tutela penal para los denominados bienes jurídicos colectivos, dedicando el capítulo siguiente a dilucidar si el medio ambiente es un bien jurídico-penal.

Como hemos visto antes, bienes jurídico-penales son los valores esenciales que los hombres necesitan para poder convivir y poder desarrollarse libremente, siendo objeto de protección por el Derecho penal. Si estos valores esenciales afectan directamente a la persona individualmente considerada, se denominan bienes jurídicos individuales y si afectan al grupo en general, se denominan bienes jurídicos supraindividuales<sup>855</sup>, y dentro de éstos podemos distinguir los bienes colectivos y los universales. Sánchez García de Paz explica que bienes colectivos y bienes universales son bienes supraindividuales, pero son diferentes entre sí. Los bienes jurídicos generales, públicos o universales se refieren a la sociedad en su conjunto, se identifican con el interés público tutelado por el Estado y se caracterizan por una componente exclusivamente general y su indivisibilidad. Los bienes jurídicos colectivos, por el contrario, son intereses que pertenecen a una pluralidad de sujetos determinada o determinable que se encuentran en la misma situación frente a un mismo interés y respecto del que tienen las mismas exigencias, tienen una doble componente individual y colectiva, y si bien pueden coincidir en extensión con un bien general, a diferencia de aquel es divisible, puede fraccionarse en relación a los sujetos individuales con los que

---

<sup>855</sup> Hefendehl precisa más aún la definición acudiendo a los conceptos de “no exclusión en el uso” y de “no rivalidad en el consumo”, es decir, que cuando se trata de bienes jurídicos universales nadie puede ser excluido de su uso y que el uso y disfrute de ese bien por un individuo no perjudica ni impide ese mismo uso y disfrute por otra persona. Además, señala este autor un criterio para la delimitación entre bienes jurídicos colectivos e individuales: la “no-distributividad”, esto es, que un bien será colectivo cuando sea imposible dividirlo en partes y asignar una porción a cada individuo. HEFENDEHL, ROLAND, '¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto', *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 19 (2001). pp. 149-150 (Traducción realizada por Eduardo Salazar Ortuño).



está conectado<sup>856</sup>. No obstante, se muestra disconforme con esta clasificación Soto Navarro -autora con la que coincido en este punto-, quién habla de delitos colectivos, considerando como tales a los que no son divisibles en bienes jurídicos individuales, es más, considera característica indispensable para concebir a un bien como colectivo el de su indivisibilidad, y dentro de éstos reconoce dos subcategorías a partir de la distinción entre sociedad y Estado<sup>857</sup>.

Otra característica de los bienes jurídicos colectivos es su complementariedad respecto de un bien jurídico individual. Complementariedad no significa dependencia, sino que se trata de intereses presentes en la sociedad cuyo núcleo fundamental consiste en su importancia para todos y cada uno de los miembros de un colectivo, por lo que no pierden su referencia individual, ya que existen en función de todos los miembros de la sociedad, en atención a cada uno de ellos, de manera que los bienes colectivos son bienes autónomos con un contenido material propio<sup>858</sup>. La consecuencia de esta titularidad compartida en los bienes colectivos conlleva que nadie, individualmente, tenga capacidad de disponer de esos bienes<sup>859</sup>, puesto que son bienes útiles para la toda la sociedad, todos pueden aprovecharlos y nadie se puede ver excluido de ese

---

<sup>856</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M<sup>a</sup> ISABEL, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, (Secretariado de publicaciones e intercambio científico . Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999) pp. 67-69.

<sup>857</sup> Sostiene esta autora que “los bienes jurídicos colectivos no son susceptibles de división en partes atribuibles individualmente, sobre las que se reconozca libertad de disposición. (...) No tienen una auténtica naturaleza colectiva aquellos bienes jurídicos que se pueden descomponer y encuentran su esencia en una pluralidad de intereses individuales.” SOTO NAVARRO, SUSANA, 'Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. (2005). p. 887.

<sup>858</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, (Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1993) pp. 32 y 159. MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Derecho penal del medio ambiente*, (Iustel, Madrid, 2008) pp. 49-50. RODAS MONSALVE, JULIO CÉSAR, *Protección penal y medio ambiente*, (PPU, Barcelona, 1993) p. 29. Discrepa Hernández Plasencia para quien “los delitos de peligro son inherentes a la naturaleza complementaria *e instrumental* (la cursiva es mía) de los bienes jurídicos colectivos”. HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES, 'Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. XLVII, Fasc. II (1994). p. 121.

<sup>859</sup> CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) p. 204.

aprovechamiento. Es más, ese aprovechamiento por cada uno de los individuos no impide el de los demás particulares<sup>860</sup>. Otra cualidad que podemos observar en este tipo de bienes es que cuando se produce un delito que atenta contra ellos, en realidad no se produce un resultado material, sino una puesta en peligro, dando lugar a los denominados delitos de peligro, cuyo estudio se acometerá en un capítulo posterior.

Otra clasificación que puede hacerse dentro de los bienes jurídicos supraindividuales es aquella que distingue entre los que sirven a la persona mediante la protección de su seguridad y confianza en el buen funcionamiento y nivel de riesgo de las actividades en las que participa como miembro de la sociedad (p. ej. la Administración de Justicia) y los que protegen a un grupo determinado de personas que se encuentran en una situación especial que las hace más susceptibles a sufrir un daño por estar más desprotegidas (p. ej. los derechos de los trabajadores)<sup>861</sup>.

Merece la pena mencionar la tesis de Mata y Martín, quien habla de bienes jurídicos intermedios, entendiendo por tales los bienes colectivos que se encuentren

---

<sup>860</sup> SOTO NAVARRO, SUSANA, 'Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. (2005). p. 887

<sup>861</sup> Añade Corcoy Bidasolo un “supuesto a caballo entre estos dos grupos de casos [cual es], el de los delitos contra la salud de los consumidores”. CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) pp. 208-211. Carbonell Mateu distingue entre bienes supraindividuales de carácter político y bienes supraindividuales de supervivencia colectiva. CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, 'Intereses difusos y Derecho penal', *Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ*, nº 36 (1994). P. 17. Mata y Martín diferencia entre bienes personales o individuales y bienes colectivos o suprapersonales, dedicando su obra a los que él denomina bienes jurídicos intermedios o de referente individual para referirse a aquellos bienes que implican una protección simultánea de bienes personales y suprapersonales. MATA Y MARTÍN, RICARDO M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, (Comares, Granada, 1997) pp. 11, 21 y ss. Rodas Monsalve, siguiendo a Bustos, diferencia entre los bienes jurídicos que afectan a las bases y condiciones de subsistencia del sistema y los bienes referidos al funcionamiento del sistema, que a su vez se subdividen en bienes jurídicos institucionales (referidos a la organización necesaria para garantizar los bienes personales), bienes colectivos propiamente dichos (referidos a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico) y los bienes jurídicos de control (referidos al funcionamiento del aparato estatal). RODAS MONSALVE, JULIO CÉSAR, *Protección penal y medio ambiente*, (PPU, Barcelona, 1993) p. 29.

necesariamente vinculados y cercanos a determinados bienes personales<sup>862</sup>. Lo determinante, según este autor, para considerar que un bien jurídico colectivo es intermedio depende de la decisión del legislador, si éste decide vincular su protección a un bien jurídico netamente personal, será un bien jurídico intermedio. *A sensu contrario* no serán bienes jurídicos intermedios aquellos en los que el legislador no haya incorporado a la prohibición típica el peligro para algún bien personal<sup>863</sup>. De este modo, un mismo bien jurídico, el medio ambiente, puede ser considerado intermedio en algunos supuestos (art. 325.1 segundo inciso que recoge una referencia explícita al ataque del bien jurídico individual salud de las personas) y en otros no (art. 325.1 primer inciso que no hace ninguna referencia a ningún bien personal)<sup>864</sup>.

Para poder realizar un estudio sobre la protección jurídica medioambiental es preciso señalar los profundos cambios que se están sucediendo en estos últimos tiempos en la humanidad. Estos cambios son tan intensos que incluso hay quien los considera mayores que los que se produjeron en la revolución industrial<sup>865</sup>. Debido a tales cambios, es bien sabido que existe una clara tendencia en las legislaciones penales modernas a asumir la protección de realidades que exceden la tradicional consideración personalista o individual del bien jurídico. Se incorporan nuevos intereses dignos de protección a los códigos penales que nada tienen que ver con los valores clásicos, y entre estos nuevos intereses se encuentra el medio ambiente, uno de los que más polémica genera<sup>866</sup>.

Se está produciendo, por lo tanto, una expansión del Derecho penal hacia bienes

---

<sup>862</sup> MATA Y MARTÍN, RICARDO M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, (Comares, Granada, 1997) p. 61..

<sup>863</sup> MATA Y MARTÍN, RICARDO M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, (Comares, Granada, 1997) p. 24.

<sup>864</sup> MATA Y MARTÍN, RICARDO M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, (Comares, Granada, 1997) pp. 26-27.

<sup>865</sup> SERRANO TÁRRAGA, M<sup>a</sup> DOLORES, et al., *Tutela penal ambiental*, (Dykinson, Madrid, 2009) p. 24.

<sup>866</sup> Como bien afirma Gracia Martín, “un sector especialmente polémico del Derecho penal moderno es el *Derecho penal del medio ambiente*”. GRACIA MARTÍN, LUIS, '¿Qué es modernización del Derecho penal?', en JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, et al. (eds) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al prof. dr. D. José Cerecho Mir* (Tecnos, Madrid, 2002) p. 366.

colectivos<sup>867</sup> -como es el caso del medio ambiente- que es criticada por un sector de la doctrina, al considerar que rompe los cimientos garantistas que tanto había costado conseguir. Así, por ejemplo, Silva Sánchez expuso que “el Derecho penal del medio ambiente corre el riesgo de caer en (...) la destrucción del sistema de garantías”<sup>868</sup> y Rodríguez Montañés encuentra “preocupante (...) que dicha tendencia expansiva está produciendo un profundo recorte de libertades con carácter general”<sup>869</sup>. Hassemer habla de la *desmaterialización* del bien jurídico<sup>870</sup>, ya que, para este autor, a diferencia de lo que ocurre con los bienes jurídicos individuales, los colectivos sólo podrían definirse de un modo vago e impreciso<sup>871</sup> y su reconocimiento daría lugar a la disolución del

---

<sup>867</sup> No obstante, los bienes colectivos no son nuevos en la teoría del delito, ya el Derecho penal liberal, aunque se centró en la protección de los bienes jurídicos individuales, también protegió bienes colectivos, como la Administración de Justicia o la seguridad del Estado. Por tanto, los bienes colectivos aparecen “ligados al nacimiento mismo del concepto de bien jurídico y su reconocimiento ha sido permanente dentro de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina penal”. VILLEGAS PAIVA, ELKY ALEXANDER, 'Los bienes jurídicos colectivos en el Derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales', <http://es.scribd.com/doc/59408259/Bienes-Juridicos-Colectivos-en-El-Derecho-Penal>, (2010). p. 1

<sup>868</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, '¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal', *La ley*, Tomo 3 (1997). p. 1714. Alastuey Dobón explica esta postura crítica, que no comparte, resumiéndola en la idea de que no se puede pretender acudir al Derecho penal para que resuelva todas las nuevas realidades necesitadas de protección porque para ello tendría que renunciar a sus garantías y principios limitadores básicos ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> CARMEN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, (Comares, Granada, 2004) p. 5.

<sup>869</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, 'Expansión del Derecho penal y límites constitucionales', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, et al. (eds) *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 1659. MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, (Civitas, Madrid, 2001) pp. 24 y ss. RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, 'Prólogo', en *El Derecho penal en la sociedad del riesgo* (Civitas, Madrid 2001) pp. 16-17.

<sup>870</sup> Vid. HASSEMER, WINFRIED, 'Jenseits des Funktionalismus', en PHILIPPS/SCHOLLER (ed) *Arthur Kaufmann 65. Geburtstag* (Decker&MÜLLER, Heidelberg, 1989) pp. 89-90.. Citado en GRACIA MARTÍN, LUIS, 'Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, et al. (eds) *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del prof. Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 885-886. Vid. también en MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, (Civitas, Madrid, 2001) p. 68.

<sup>871</sup> Vid. HASSEMER, WINFRIED, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., (Verlag CH Beck, , 1990) pp. 247 y ss. Citado en MÜSSIG, BERND, 'Desmaterialización del bien jurídico y de la política

concepto de bien jurídico<sup>872</sup>. Se llega a defender el carácter prescindible del concepto de bien jurídico colectivo<sup>873</sup>. E incluso, en el caso del medio ambiente, se caracteriza a la tutela penal ambiental por “ser el resultado de una dirección actual de Política criminal de claras tendencias criminalizadoras, por formar parte de la también actual propensión del legislador a proteger bienes jurídicos supraindividuales y por construirse mediante la técnica de los llamados “delitos de peligro” y (...) de las llamadas “leyes penales en blanco”<sup>874</sup>. También se critica la ineficacia del Derecho penal del medio ambiente, al opinar que estos tipos penales se aplican poco y, cuando se aplican, lo hacen, en buena medida, por conductas de bagatela<sup>875</sup>.

Otros autores, sin embargo, no comprenden “el temor que se tiene a la protección de los bienes colectivos”<sup>876</sup> y defienden la tutela penal de los mismos. Es el

---

criminal', *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 9 (2002). p. 169 (Traducción realizada por Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos). *Vid.* también HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos de Derecho penal*, (Bosch, Barcelona, 2005) p. 262., Traducción y notas por Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, donde, al enumerar los bienes jurídicos que deben gozar de protección por el Derecho penal, únicamente menciona los de carácter individual: “Las informaciones positivas que ofrece la tipicidad caracterizan el sector del comportamiento humano en el que el Derecho penal es competente, determinando, al mismo tiempo, los intereses humanos y *bienes jurídicos* que gozan de la protección del Derecho penal: vida, libertad, salud, propiedad, autodeterminación sexual, ejercicio correcto de la Función Pública, etc.”.

<sup>872</sup> *Vid.*

<sup>873</sup> Según Stratenwerth, “si la ley protege los intereses individuales más o menos consolidados de una pluralidad de sujetos, tal vez de un número indeterminado o puede que de todos, entonces no tenemos que crear ningún bien jurídico universal para justificar la norma penal (que naturalmente siempre puede tener más o menos sentido). STRATENWERTH, GÜNTER, 'La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007) pp. 371-372. (Traducción realizada por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno y Margarita Valle Mariscal de Gante).

<sup>874</sup> SESSANO GOENAGA, JAVIER CAMILO, 'La protección penal del medio ambiente', *revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. [www.recpc.com](http://www.recpc.com), 04-11 (2002).

<sup>875</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, '¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal', *La ley*, Tomo 3 (1997). p. 1714

<sup>876</sup> PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, 'Legitimación del Derecho penal a través de la doctrina del bien jurídico, teorías de la justicia y bienes jurídicos colectivos', en MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO & JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (eds) *Estudios de Filosofía del Derecho penal* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006) p. 527.

caso de García-Pablos, para quien constreñir la noción de bien jurídico a los intereses individuales “significa dar la espalda a la realidad social y desconocer que las transformaciones económicas, tecnológicas e institucionales han hecho emerger nuevas entidades necesitadas y merecedoras de protección penal, potenciando, sin duda, la relevancia de intereses colectivos”<sup>877</sup>. También rebate las anteriores críticas Soto Navarro, quien se muestra sorprendida por el correlato que se establece entre bienes jurídicos individuales-objetos materiales y bienes jurídicos colectivo-objetos ideales, pues en cuanto nos alejamos de los delitos contra la vida y la integridad física, aparecen las normas penales protectoras de bienes considerados individuales cuya lesión no se traduce en la modificación de una realidad física y pone como ejemplo los delitos contra el honor. Para esta autora fallan los criterios para la concreción de los bienes jurídicos colectivos utilizados tradicionalmente, sí se puede hablar de resultados materiales que entrañen la lesión del bien jurídico -si no entendemos resultado en un sentido estrictamente naturalístico- y sí se podría delimitar e imputar el efecto lesivo a acciones individuales<sup>878</sup>.

---

<sup>877</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 178. En la misma línea *vid.* DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J., *Protección penal y accesoriedad administrativa*, (Cedecs, Barcelona, 1996) p. 43. GRACIA MARTÍN, LUIS, 'Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, et al. (eds) *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del prof. Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 903. ALONSO ÁLAMO, MERCEDES, 'Bien jurídico material y bien jurídico procedimental... y discursivo', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, et al. (eds) *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal. Tomo I* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 121. ROXIN, CLAUDIUS, '¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007) pp. 447-448. (Traducción realizada por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno). PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX Mª, 'El tipo básico', en FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA (ed) *El delito de tráfico de drogas* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 23.. CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) p. 209, nota 434. Esta autora matiza que, a aunque está a favor de la legitimidad de los delitos que protegen bienes supraindividuales, no lo está con algunos delitos de este tipo que han sido creados en nuestro actual Código penal, como es el caso de los delitos societarios.

<sup>878</sup> SOTO NAVARRO, SUSANA, 'Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. (2005). pp. 903-910

El medio ambiente es un bien colectivo, de ello no cabe duda, se trata de un interés que trasciende a cada individuo en particular y afecta a toda la colectividad. Conciernen por igual a todos los seres que conformamos la sociedad, aún mas, no es un interés limitado geográficamente, sino que se configura como un interés global y universal. El medio ambiente es un patrimonio de todos.

Se plantea pues, como primer problema, dado el carácter colectivo del medio ambiente<sup>879</sup>, si los bienes jurídicos colectivos pueden ser objeto de protección por el Derecho penal o ello supondría el quebrantamiento de su sistema garantista.

Creo que, puesto que el Derecho debe ir acorde con los tiempos a los que sirve<sup>880</sup>, es claro que la respuesta debe ser afirmativa. Concebido el Derecho penal como un conjunto de normas jurídico-penales que tratan de solucionar los problemas surgidos por la convivencia de los seres humanos en una sociedad organizada, esto es, por la necesidad de coexistir<sup>881</sup>, y que castigan las conductas contrarias a una buena convivencia, para proporcionar la disciplina social necesaria y la socialización de sus

---

<sup>879</sup> Hefendehl da un paso más y considera al medioambiente un bien jurídico colectivo «consumible», ya que, para él, “nadie puede hacer un uso del medio ambiente que no implique un cierto desgaste de éste”. Además, al ser un bien jurídico colectivo consumible y socialmente relevante lo considera un bien descriptivo pues “encarnan este bien y al mismo tiempo son *directamente* tangibles y «modificables» físicamente”. HEFENDEHL, ROLAND, '¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto', *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 19 (2001). p. 155. (Traducción realizada por Eduardo Salazar Ortuño).

<sup>880</sup> “Un Código penal no sólo cumple una función represiva o sancionadora de conductas atentatorias contra bienes jurídicos merecedores de protección sino también una función expresiva, manifestando cuáles son los valores que la sociedad de su tiempo considera especialmente dignos de tutela”. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, 'La tutela del medio ambiente. Análisis de sus novedades más relevantes', *La ley*, Tomo 2 (1996). p. 1550.

<sup>881</sup> RODRÍGUEZ DE VESA, JOSÉ MARÍA & SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho Penal Español. Parte General*, 18ª ed., (Dykinson, Madrid, 1995) p. 11. ROXIN, CLAUS, '¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, madrid, 2007) p. 446. (Traducción realizada por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno). MORILLAS CUEVAS, LORENZO, 'Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro', *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 04 - 06 (2002). p. 16

miembros<sup>882</sup> (es decir, que cumple una función motivadora de respeto a los bienes jurídicos)<sup>883</sup> es claro que tiene que adaptarse a las realidades sociales de cada tiempo. Así, comportamientos que en un determinado momento podían resultar ofensivos a los miembros del grupo social, en otro periodo pueden no serlo y por ello es necesaria la concepción de un Derecho penal vivo, dinámico, adaptable a las necesidades actuales, y no estático o estancado. Señala a este respecto Muñoz Conde que la decisión sobre los bienes jurídicos que deben ser protegidos está condicionada históricamente, de manera que los intereses a tutelar penalmente en un momento histórico determinado dependen en gran medida de las necesidades sociales concretas<sup>884</sup>. Todo ello, sin perder de vista que es posible que se llegue a considerar como bien jurídico algo que sólo es del interés de la clase dominante en detrimento de los individuos. Como expone Mir Puig, la “determinación de los bienes a proteger penalmente depende de los intereses y valores del grupo social que en cada momento histórico detenta el poder político”<sup>885</sup>. Ello puede dar lugar a una “perversión” no deseada del Derecho penal y para evitar esta “perversión”, el legislador penal debe hacer uso de una política criminal racional, tomando sus decisiones con “criterios justos y claros, utilizándolos al mismo tiempo para su justificación y crítica”<sup>886</sup>. También Bacigalupo afirma a este respecto que “los bienes protegidos por el Derecho penal son creación del legislador y el límite de criminalización de las conductas depende de si ella es compatible con un sistema constitucional basado en la libertad, según el entendimiento de una sociedad libre en un momento histórico dado”<sup>887</sup>.

---

<sup>882</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 43.

<sup>883</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO & GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte general.*, 8ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 2010) p. 61. CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, 'Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad', en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam* (Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001) p. 134.

<sup>884</sup> MUÑOZ CONDE, FRANCISCO & GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte general.*, 8ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 2010) p. 60.

<sup>885</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed., (Reppertor, Barcelona, 2011) p. 161.

<sup>886</sup> HASSEMER, WINFRIED & MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1989) p. 105.

<sup>887</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE, *Teoría y práctica del Derecho penal. Tomo I.*, (Marcial Pons, Madrid, 2009) p. 177.



Es cierto que, como señala Mir Puig, los bienes jurídico-penales más indiscutidos, los que siempre han sido reconocidos sin discusión por la conciencia social, son los que afectan más directamente al individuo<sup>888</sup> (p.e. la vida), es decir, los bienes jurídicos individuales, pero ello no quita para que, junto a ellos, y debido a cómo ha evolucionado la sociedad, surjan una serie de actuaciones y comportamientos que deban caer dentro del punto de mira del Derecho penal, pues como reconoce el mismo Mir Puig refiriéndose a los intereses colectivos, “en un Estado social no cabe discutir la importancia de esta clase de intereses, y por supuesto se trata de bienes que merecen protección jurídica”<sup>889</sup>. Este reconocimiento debe ser aceptado si no queremos retroceder a un Derecho penal anacrónico. Como señala Cerezo Mir, no es posible volver al Derecho penal del siglo XIX, a un Derecho protector exclusivamente de bienes individuales, sino que el Derecho penal debe atender a la transformación que hemos sufrido hasta un Estado del bienestar, pues si no se desconectaría del fin de conseguir una mayor justicia social<sup>890</sup>. En el mismo sentido, García-Pablos reitera que no es posible un concepto de bien jurídico restringido a los bienes individuales, pues excluir a los bienes colectivos o supraindividuales supone “dar la espalda a la realidad social y desconocer que las transformaciones económicas, tecnológicas e institucionales han hecho emerger nuevas entidades necesitadas y merecedoras de protección penal, potenciando, sin duda, la relevancia de intereses colectivos y supraindividuales”<sup>891</sup>. Realiza este autor un interesante estudio desde el punto de vista criminológico y expresa su desconfianza hacia un Derecho penal que él califica de “mínimo” ya que, según él, estaría orientado a proteger a los poderosos de la Economía y de la Política, por lo que la intervención penal quedaría reducida “a los de siempre”, es decir, a la tradicional consideración de delincuente como persona de los bajos estratos sociales. Además, si, como señala Alastuey Dobón, “de lo que se trata es de que el Derecho penal proteja los

---

<sup>888</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1ª ed., (Ariel Derecho, Barcelona, 1994)

<sup>889</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Estado, pena y delito*, (BdF, Montevideo - Buenos Aires, 2006) p. 88.

<sup>890</sup> Citado en ALASTUEY DOBÓN, Mª CARMEN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, (Comares, Granada, 2004) p. 9.

<sup>891</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 178.

bienes vitales fundamentales, no sólo del individuo, sino también de la sociedad”<sup>892</sup> hay que admitir la simultaneidad de bienes individuales y supraindividuales que pueden ser receptores de tutela penal.

Es claro que el medio ambiente no forma parte de ese grupo de intereses políticos o económicos que sólo pueden interesar a una minoría con poder. El medio ambiente, en cuanto que es el medio en el que nos desenvolvemos, en el que respiramos, del que bebemos... es un bien que nos atañe a todos por igual. Y, como bien señala Mateos Rodríguez-Arias, “el medio ambiente ha traspasado la frontera de los intereses difusos para convertirse en interés colectivo, ya que se ha reconocido por parte del ordenamiento la existencia de un derecho al medio ambiente, el cual debe ser entendido de forma totalmente autónoma del derecho a la salud, a la propiedad o en general de los otros derechos del medio ambiente como derecho de todas las personas, en definitiva, como interés general de la colectividad”<sup>893</sup>.

Una de las objeciones que se plantean a la legitimidad de la protección de los bienes colectivos es que se rompen los principios básicos del Derecho penal, al castigar una conducta cuando no se ha verificado la existencia del peligro sino la mera desobediencia, pero esta crítica no tiene en cuenta que lo que se toma en consideración para la legitimación de esos bienes colectivos es, precisamente, la protección de intereses fundamentales para la vida social. Es decir, no se trata de proteger penalmente cualquier interés colectivo. Volvemos aquí a la distinción entre bien jurídico y bien jurídico-penal, pues únicamente se habrá de hacer entrar en juego al Derecho penal cuando se trate de ataques, de una cierta entidad, contra valores esenciales y fundamentales para el desarrollo del hombre en sociedad y la pacífica coexistencia, pero ello hay que predicarlo no sólo en relación a los bienes colectivos sino también de los individuales. Para que el Derecho penal no pierda su carácter garantista y no se le tache de “difuso” o de que así adquiere contornos inciertos o indeterminados que generan inseguridad, habrá, eso sí, que recurrir a una buena técnica legislativa que cree tipos suficientemente concretos que no ofrezcan dudas que son las que provocan esa

---

<sup>892</sup> ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> CARMEN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, (Comares, Granada, 2004) p. 9.

<sup>893</sup> MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1992) p. 38.

inseguridad <sup>894</sup>.

Se plantea la valoración de los intereses colectivos desde dos enfoques distintos: valorarlos en cuanto afectan a los individuos o hacerlo en función de su importancia para el sistema social. Surgen las teorías personalistas, las monistas y dualistas, tema éste al que me referiré en otro capítulo más adelante, poniéndolo en relación con el delito del medio ambiente.

### **3.4.3. El bien jurídico-penal: ¿Es el medio ambiente un bien jurídico-penal?**

Una vez defendida la tutela penal de los intereses colectivos, queda en el aire un tema fundamental: ¿qué ha de considerarse bien jurídico y, más concretamente, bien jurídico penal? Cuestión ésta de gran importancia, ya que nos encontramos con la necesidad de conceptuarlo, entre otros motivos, porque uno de los límites que se imponen al Derecho penal es, precisamente, el de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Así es, entre los límites materiales que se imponen al *ius puniendi* nos encontramos con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, también llamado principio de necesidad, o de ofensividad o lesividad, cuyo origen se encuentra en la doctrina del contrato social y que viene a significar, en palabras de García-Pablos, que el Derecho Penal sólo podrá castigar aquellas conductas que sean socialmente nocivas, es decir que lesionen o pongan en peligro “las condiciones elementales de la vida en común de los ciudadanos” <sup>895</sup>. O, como señala Mir Puig, “supone la concepción del Derecho penal como un mal menor que sólo es admisible en la medida en que

---

<sup>894</sup> Vid. CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) pp. 183-199.

<sup>895</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 538.

resulte del todo necesario”<sup>896</sup>. Esta última definición queda estrechamente unida al principio de intervención mínima o consideración del Derecho penal como *ultima ratio*.

Aclara Mendoza Buergo que, en realidad, lo que existe es una combinación del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos con el de necesaria lesividad del comportamiento. Para poder aplicar una pena no sólo es necesaria una norma protectora de un bien jurídico sino también una cierta evidencia sobre la lesividad del comportamiento prohibido y sólo cuando esa potencial lesividad para un bien claramente identificable sea incuestionable se podrá prohibir un comportamiento bajo la amenaza de castigo penal. Ambos principios están estrechamente vinculados y deben funcionar conjuntamente, de forma que por sí solos carecen de fuerza limitadora<sup>897</sup>.

Destaca Silva Sánchez<sup>898</sup> el papel de este principio, al que considera “una manifestación de la confluencia (no pacífica, sino tensa) de principios garantísticos diversos”, cuales son los principios de proporcionalidad y de fragmentariedad, ya que sólo puede considerarse una intervención proporcional del Derecho penal cuando ésta se realiza para proteger “las condiciones fundamentales de la vida en común y para evitar ataques especialmente graves dirigidos contra las mismas”, y los principios utilitaristas de necesidad y de utilidad (o intervención mínima) del Derecho penal. No obstante, matiza este autor, citando a Cobo del Rosal/Vives Antón, que “el énfasis en torno a la función garantizadora del bien jurídico no debe ser exagerado”, dado que la finalidad garantística de este principio se puede haber visto frustrada por los avatares que ha sufrido a lo largo de la historia el concepto de bien jurídico. Por ello, para que se cumpla con la finalidad garantizadora de este principio, se debe exigir la concreción del contenido del concepto de bien jurídico, lo que impedirá la intervención penal para proteger “todo tipo de intereses, estrategias o convicciones morales cuya lesión, sin embargo, carecería de una auténtica repercusión negativa en la realización de los

---

<sup>896</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1ª ed., (Ariel Derecho, Barcelona, 1994) p. 159. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, (J.M. Bosch, Barcelona, 1992) p. 277.

<sup>897</sup> MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, (Comares, Granada, 2001) pp.358, 360 y 361.

<sup>898</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., ampliada y actualizada, (J.M. Bosch, Barcelona, 2010) pp. 424-426.

individuos como seres sociales”<sup>899</sup>.

Sí le concede gran importancia Schünemann, dado el carácter histórico de este principio de protección de bienes jurídicos o dañosidad social cuya exigencia se consagró en la Ilustración, por lo que tiene raíces más profundas que cualquier Constitución al haber perdurado más de dos siglos<sup>900</sup>. Cerezo Mir, por su parte, hace uso de este principio para definir al Derecho penal: “El Derecho penal es un sector del Ordenamiento jurídico al que (..) le incumbe la tarea de la protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y la comunidad”<sup>901</sup>.

En la misma línea claramente reconocedora de la importancia de este concepto, señala Hassemer que “el concepto de bien jurídico es fundamental” y que “una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado”<sup>902</sup>.

Queda, por tanto, patente la importancia que, para el Derecho penal, tiene la protección de bienes jurídicos<sup>903</sup>. El Derecho se dirige a proteger la convivencia y lo

---

<sup>899</sup> En el mismo sentido Rodríguez Devesa explica que “la vinculación del Derecho penal a urgencias vitales hace que muchas veces sus valoraciones sean resultado de impulsos emocionales y de la razón” y defiende un Derecho penal racionalizado y desligado de tabúes históricos y psicológicos. RODRÍGUEZ DEVESEA, JOSÉ MARÍA & SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho Penal Español. Parte General.*, 18ª ed., (Dykinson, Madrid, 1995) p. 12.

<sup>900</sup> SCHÜNEMANN, BERND, 'La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal', en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología* (UNED, Madrid, 2001) p. 658.

<sup>901</sup> CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2004) p. 13.

<sup>902</sup> HASSEMER, WINFRIED, '¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007) pp. 102 y 103. Traducción realizada por Beatriz Spínola Tártalo.

<sup>903</sup> Afirma Mendoza Buergo que “las garantías de legalidad, certeza, intervención mínima y *ultima ratio*, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (...) sólo puede[n] cumplirse desde el entendimiento del Derecho penal como sistema de protección de bienes jurídicos. MENDOZA BUERGO, BLANCA, 'La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto', *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 9 (2002). p. 69, nota 72.

hace protegiendo determinados intereses a los que denominamos bienes jurídicos, pero no todos los bienes jurídicos demandan protección penal. Así, solamente a los intereses que requieren de tutela penal se les considera bienes jurídico-penales. Dicho de otro modo, la producción de un resultado o una puesta en peligro no serán penalmente relevantes en tanto en cuanto no afecten a un bien jurídico<sup>904</sup>. Que el Derecho penal sólo deba proteger bienes jurídicos no significa que todo bien jurídico deba ser protegido penalmente ni que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados requiera la intervención del Derecho penal. El concepto general de bien jurídico es más extenso que el de bien jurídico-penal<sup>905</sup>.

Para que un bien jurídico pueda ser considerado bien jurídico-penal debe reunir dos características: primera, una suficiente importancia social y segunda, que exista una necesidad de protección por el Derecho penal<sup>906</sup>. Hassemer sostiene que lo que transforma un bien jurídico para que pueda ser considerado bien jurídico-penal es el “merecimiento de pena” y a este “merecimiento de pena” debe llegarse a través de criterios de justicia y utilidad. Enuncia este autor tres criterios que han de cumplir los bienes jurídicos para ser dignos de tutela penal: en primer lugar, la noción de bien jurídico debe ser *adecuada a la realidad*, debe tratarse de un puente a los verdaderos bienes de las personas, lo que exige una integración, sobre todo, de bienes universales. En segundo lugar, el concepto de bien jurídico debe ser *selectivo y nítido*, puesto que se trata de poner límites a la libertad de actuación humana. Y, en tercer lugar, el concepto de bien jurídico debe ser *generalmente comprensible*, debe facilitar el control del

---

<sup>904</sup> “El Derecho penal (...) tiene como misión primordial la de proteger –a través de la pena y la medida de seguridad- los bienes jurídicos fundamentales –del individuo y de la comunidad- frente a los ataques más intolerables. Esto supone reconocer el carácter doblemente fragmentario del Derecho penal, es decir, sólo ha de proteger bienes jurídicos fundamentales y únicamente ha de tutelarlos frente a aquellos ataques más intolerables ...” JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, 'El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español* (Comares, Granada, 2005) p. 15.

<sup>905</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 540.

<sup>906</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Estado, pena y delito*, (BdF, Montevideo - Buenos Aires, 2006) p. 88. En el mismo sentido García-Pablos hace referencia a dos requisitos: generalidad y relevancia. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) pp. 540-541.

legislador y evitar generalizaciones nebulosas<sup>907</sup>.

Si el Derecho penal ha de intervenir sólo cuando se considere necesario porque así lo requiera la *importancia* del bien a proteger, surge el interrogante de ¿cuándo es necesario acudir al Derecho penal?, ¿cuándo se considera que un bien es lo suficientemente importante para acudir al que es considerado como *ultima ratio* de un Ordenamiento jurídico estatal?

Aunque, como hemos visto antes, la importancia social depende en buena medida de la época histórica en la que nos movamos, lo que es claro es que debe haber una correlación entre el interés a proteger y la sanción a imponer en caso de vulneración. Es decir, puesto que la pena se considera una sanción grave, es necesario que el acto que la habilita sea una infracción también grave; no se justificaría una intervención punitiva del Estado para la salvaguarda de bienes inocuos. Volvemos al argumento ya expuesto: serán dignos de tutela penal y, por tanto, considerados bienes jurídico-penales los valores fundamentales para el mantenimiento y el desarrollo de la sociedad.

Pero con esto no queda resuelto el interrogante pues, como bien señala Seher, el debate no gira en torno al concepto de bien jurídico, sino que las divergencias se producen en cuanto al contenido del Derecho penal y cuál debe ser su alcance legítimo<sup>908</sup>. Así lo que aquí nos debemos plantear es ¿cuáles son esos intereses fundamentales para la convivencia?, ¿con qué bienes se hace necesaria y se justifica la protección penal?

Carbonell Mateu responde a estas cuestiones señalando cuatro requisitos:

---

<sup>907</sup> Vid. HASSEMER, WINFRIED & MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1989) pp. 67 y ss., HASSEMER, WINFRIED, '¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007) p. 104.. Traducción realizada por Beatriz Spínola Tórtola.

<sup>908</sup> SEHER, GERHARD, 'La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007) p. 77.. Traducción realizada por Rafael Alcácer Guirao.

primero, ponderación entre el grado de libertad que se adquiere con la limitación penal y el beneficio que se logra con ella. Es decir, hay que sopesar si la intervención del Derecho penal es rentable para la obtención de la tutela del bien en cuestión, si la materia es propia del Derecho penal y si compensa la utilización del *ius puniendi* estatal; segundo, materialidad o relevancia suficiente del bien jurídico para justificar una pena privativa de libertad; tercero, gravedad de la conducta. Hay que calibrar si el grado de lesión o peligro en que se coloca al bien es lo suficientemente grave como para justificar una pena; y cuarto, comprobación de la relación entre las distintas respuestas que el Ordenamiento penal da a las diferentes conductas: no se puede castigar con mayor dureza conductas menos trascendentes ni castigar con penas leves conductas más graves<sup>909</sup>.

También pueden responderse estos interrogantes analizando si afecta a la generalidad de los miembros del grupo social, esto es, si se trata de valores que importan a la mayoría de la sociedad y no sólo a una parte de ésta, pues existiría una perversión del Derecho penal si sólo se defendiesen los intereses de una minoría en perjuicio de la mayoría<sup>910</sup>. Aunque no sólo con la característica de la generalidad bastaría, y en este sentido señala Mir Puig que habría que comprobar el daño que se causa al individuo en concreto, pues sólo con la comprobación de que un interés afecta a una gran mayoría no significa que tenga relevancia penal, ya que “puede suceder que un interés muy difundido en la sociedad no afecte a cada individuo más que en forma leve”<sup>911</sup>.

Para García-Pablos, estas dos notas, la relevancia y la generalidad, pueden reconducirse a la idea de “interés público”, en el sentido de que el Derecho penal debe reaccionar y condenar únicamente aquellas conductas que afecten a las necesidades del sistema social en su conjunto, trasciendan del conflicto autor-víctima y puedan

---

<sup>909</sup> CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, 'Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad', en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam* (Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001) pp. 132-133.

<sup>910</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 541.

<sup>911</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Estado, pena y delito*, (BdF, Montevideo - Buenos Aires, 2006) p. 91.



generalizarse hasta poner en peligro la pacífica convivencia<sup>912</sup>.

Otros autores se remiten a los valores recogidos en la Constitución para la consideración de bienes jurídico-penales. Así, Moreno Alcázar, siguiendo a Terradillos Basoco<sup>913</sup>, considera que “sólo se deberían considerar como bienes jurídicos a efectos penales, aquellos valores que una sociedad concreta decida poner bajo la protección del Derecho penal; lo que normalmente será por considerarlos como los más importantes y necesitados de protección; sin que *a priori* y de modo general se pueda concretar nada más en torno al contenido concreto que a los mismos queda otorgar”. Para este autor, si partimos de una sociedad conformada en un Estado Social y Democrático de Derecho “dados los elementos de generalidad y contrastabilidad que contiene la idea de necesidad se favorece un discurso racional” que será imprescindible “si queremos que los valores que acaben imperando en una sociedad respondan realmente a la voluntad de la mayoría”, remitiendo como tales a los recogidos en la Constitución para formar el elenco de bienes jurídico-penales<sup>914</sup>.

Mir Puig, responde a aquel interrogante acudiendo también a otros criterios. Para este autor<sup>915</sup> una primera orientación sobre si un bien puede considerarse o no fundamental para la vida social nos la podría dar su reconocimiento constitucional, pero sin que este criterio sea determinante ni exclusivo, ya que no es objetivo de la Constitución organizar la actuación de los individuos entre sí, sino que su misión es “establecer las claves fundamentales del ejercicio del poder político”. Además de considerar el reconocimiento constitucional, otro criterio a seguir para decidir si un interés es o no un valor fundamental para la convivencia y, por tanto, debe convertirse en bien tutelado penalmente es acudir a la comparación con los bienes jurídico-penales más indiscutidos en cualquier momento histórico. Para esto existen dos enfoques

---

<sup>912</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) p. 541.

<sup>913</sup> Vid. TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 'La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal', *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, nº 63 (1981). p. 137

<sup>914</sup> MORENO ALCÁZAR, JOSÉ MANUEL, *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos (una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad)*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2002) p. 242.

<sup>915</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, *Estado, pena y delito*, (BdF, Montevideo - Buenos Aires, 2006) p. 89.

posibles: valorarlos desde el punto de vista de la importancia para el sistema social o hacerlo en función de su repercusión en los individuos. Para este autor, debe prevalecer el segundo enfoque, esto es, los intereses colectivos han de ser protegidos en la medida en que atañen a las condiciones de vida del individuo. Y, como tercer criterio, para este autor es necesario la exigencia de un concreto grado de afectación del bien. Teniendo en cuenta que todos los bienes pueden ser objeto de graduación, ha de tomarse en consideración la entrada en escena del derecho punitivo dependiendo de que se estime suficiente o no la concreta entidad del bien afectado.

Este último criterio, el grado de afectación, enlaza con la segunda característica de los bienes jurídico-penales: la necesidad de protección penal. Quiere esto decir que el bien a tutelar debe ser un valor esencial, vital para el hombre y la sociedad. Un valor para cuya protección no baste cualquier otra rama del Ordenamiento jurídico<sup>916</sup>. Por ello, es posible que en ocasiones, para un mismo bien se exija, en determinados supuestos de ataques menos graves, una protección administrativa o civil, por ejemplo, y en otros, en los que se constate que el ataque reviste una especial peligrosidad, una tutela penal. Además, como señala Silva Sánchez, “si la consecuencia jurídica “pena” es más grave que las propias de otros sectores del Ordenamiento, también será precisa una dañosidad social cualificada para fundamentar su aplicación”<sup>917</sup>.

Es decir, no basta con el catálogo de bienes reconocidos por la Constitución sino que es preciso que éstos sean provistos de protección penal atendiendo a una jerarquía dentro de los mismos, a través de la asignación de penas proporcionadas a la gravedad del valor atacado<sup>918</sup>. Y si hablamos de jerarquía entre los bienes jurídicos es claro que,

---

<sup>916</sup> “El Derecho penal protege únicamente los bienes vitales más importantes frente a las formas más graves de agresión”. CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2004) p. 13, nota 2.

<sup>917</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., ampliada y actualizada, (J.M. Bosch, Barcelona, 2010) p. 434.

<sup>918</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, et al., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, (Experiencia, Barcelona, 2010) p. 72. HASSEMER, WINFRIED, ‘¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?’, en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007) p. 99.

puesto que el medio ambiente es un bien limitado<sup>919,920</sup> y necesario -vital-<sup>921</sup>, esto aumenta su valor, lo que hace que ocupe un lugar preferente dentro de la escala de valores a proteger<sup>922</sup>; porque el medio ambiente tiene un plus de valoración con respecto a los demás bienes jurídicos y es que no se limita a la generación actual sino que va más allá, configurándose como un valor esencial, individual y social, de las generaciones venideras. Y si el Derecho penal tiene como misión amparar los bienes vitales fundamentales para el individuo y la comunidad, a mi entender no hay duda de que el medio ambiente debe ser considerado un bien jurídico-penal y de que está justificada la apelación al Derecho penal para su tutela y protección.

Así lo declara categóricamente también Silva Sánchez, al expresar que “admitido que el medio ambiente no sólo es un bien jurídico, sino precisamente un bien jurídico-penal...”<sup>923</sup>. Igual de categórico se muestra Berdugo Gómez de la Torre, al

---

<sup>919</sup> Toda la preocupación por proteger el medio ambiente que empieza, como señalé en el primer capítulo, con la Conferencia de Estocolmo en 1972 y con más contundencia en la Cumbre de Río de 1992, surge, entre otras cosas, por la toma de conciencia de que los recursos naturales no son eternos ni infinitos; de ahí surge el interés por un desarrollo sostenible, para poder avanzar económica, social y científicamente, pero con cuidado de dejar a las posteriores generaciones recursos naturales tan necesarios para la vida sobre la Tierra.

<sup>920</sup> “El sistema penal ha de tener presente el principio de que no existen bienes jurídicos, ni siquiera aquellos de índole natural, que sean ilimitados y susceptibles de una indiscriminada utilización por parte del individuo. Los avances tecnológicos han de conocer unos límites legales” [POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, 'Aspectos político-criminales de los delitos contra el medio ambiente', en JUAN JOSÉ GÓNZALEZ RUS (ed) *Estudios penales y jurídicos* (Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996) p. 624. También, en el mismo sentido, “el medio ambiente (...) es un bien escaso y de difícil reposición (...)” QUERALT JIMÉNEZ, JOAN, *Derecho Penal. Parte especial.*, 6ª, (Atelier, Barcelona, 2010) p. 926.

<sup>921</sup> “El medio ambiente aparece ligado al desarrollo de la persona. En tal medida es una necesidad humana básica, de aquellas que Agnes Heller llama necesidades existenciales, de aquellas que son base y condición para la satisfacción de las demás necesidades” HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, 'Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992) p. 53.

<sup>922</sup> “Ciertamente, el medio ambiente constituye el contexto por antonomasia de bienes personales del máximo valor” SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, (BdF, Buenos Aires - Montevideo, 2006) p. 133.

<sup>923</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Delitos contra el medio ambiente*, (Tirant lo blanch "Colección delitos" nº 24, Valencia, 1999) p. 19. Polaino Navarrete reconoce esta capacitación del Derecho penal

declarar que “la respuesta a si debe ser jurídicamente protegido el medio ambiente (...) en el actual momento histórico la respuesta afirmativa es obvia”<sup>924</sup>. También Vercher Noguera entiende que si el crecimiento económico está ligado a la degradación ambiental y ésta altera la paz y tranquilidad social, la única forma de mantener esa tranquilidad es acudiendo al Derecho penal<sup>925</sup>. Tampoco duda Matellanes Rodríguez a la hora de entender el medio ambiente como un bien jurídico digno de protección penal, por la gran trascendencia social que tiene, de jerarquía preeminente y altamente amenazado<sup>926</sup>. Efectivamente, no podemos obviar el aumento de preocupación social que sobre este tema ha surgido, sobre todo en la actualidad, dado que hemos tomado consciencia de que no es un bien infinito y que los daños son irreversibles e irreparables. Por su parte, Serrano Gómez reconoce que “se trata de una regulación penal necesaria”<sup>927</sup>.

Y hay quien incluso considera que puesto que el Derecho es el conjunto de normas esenciales para la supervivencia del grupo, (...) “el derecho del medio ambiente debería ocupar incontestablemente el corazón del sistema jurídico”, ya que si no respetamos el medio ambiente nuestro “futuro se reducirá a un simple pasado”<sup>928</sup>.

Además, no podemos olvidar que, como bien señala Mateos Rodríguez-Arias, “el grado de degradación ambiental es tal que la lucha contra la misma requiere de todos

---

como salvaguarda del medio ambiente reconduciéndolo a que se trate de agresiones que afecten a la calidad de vida y a la salud pública o a las condiciones atmosféricas que incidan en el hábitat social [POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, 'Aspectos político-criminales de los delitos contra el medio ambiente', en JUAN JOSÉ GÓNZALEZ RUS (ed) *Estudios penales y jurídicos* (Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996) p. 625.

<sup>924</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, 'El medio ambiente como bien jurídico tutelado', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992) p. 41.

<sup>925</sup> VERCHER NOGUERA, ANTONIO, et al., Responsabilidad ambiental penal, civil y administrativa, (Ecoiuris, Madrid, 2003) p. 15.

<sup>926</sup> MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Derecho penal del medio ambiente*, (Iustel, Madrid, 2008) pp. 31-32.

<sup>927</sup> “... aunque no exenta de puntos difíciles y otros mejorables”. SERRANO GÓMEZ, ALFONSO & SERRANO MAÍLLO, ALFONSO, *Derecho penal. Parte especial*, 15ª ed., (Dykinson, Madrid, 2010) p. 652.

<sup>928</sup> PAPAUX, ALAIN, "De la nature au milieu: l'homme plongé dans l'environnement", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 1. Vol. 60 (2008). p. 31.

los instrumentos jurídicos al alcance de la sociedad, entre ellos, como *ultima ratio*, el Derecho penal”<sup>929</sup>.

Por último, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código penal 8/1983, de 25 de junio, reconocía, refiriéndose a “*La protección jurídico-penal del medio ambiente*” (...), que “*la urgencia del tema viene dada por lo irreversibles que resultan frecuentemente los daños causados*”.

Todo ello no quita para que exista una gradación de la gravedad en los atentados al medio ambiente, de manera que puedan coexistir penas y sanciones administrativas<sup>930</sup> en el castigo a las agresiones contra aquel. Pero, también es cierto que éstas últimas sólo pueden admitirse respecto de agresiones poco graves. Si se trata de un comportamiento especialmente dañino, puesto que el medio ambiente afecta directamente a valores fundamentales para la vida y la salud humana y para la calidad de vida en general, es preciso acudir a la punición por el Derecho penal. El Convenio del Consejo de Europa de 1998 lo reconoce en su Preámbulo: “*aunque la prevención de los daños medioambientales ha de llevarse a cabo fundamentalmente a través de otras medidas, el Derecho penal desempeña un papel muy importante en la protección del medio ambiente, (...) las infracciones medioambientales con daños graves deben ser consideradas delictivas y sancionadas con penas adecuadas*”<sup>931</sup>.

Y la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código penal 8/1983, de 25 de junio, señalaba que “*sin duda, unos preceptos*

---

<sup>929</sup> MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1992) p. 83.

<sup>930</sup> No hay que olvidar que, en materia de medio ambiente, Derecho penal y Derecho administrativo están muy unidos, siendo una de las características del Derecho ambiental en nuestro Ordenamiento jurídico, precisamente, la secundariedad de las normas penales, en el sentido de estar primariamente configuradas y protegidos en el ámbito del Derecho administrativo [RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, *Derecho Penal. Parte especial III.*, (Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1999) p. 164. El art. 325 Cp dispone que “*será castigado (...) el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente...*”.

<sup>931</sup> Vid., también, PRADEL, JEAN, 'Delitos contra el medio ambiente ', en KLAUS TIEDEMANN (ed) *Eurodelitos. El derecho penal económico en la Unión Europea* (Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003) p. 94.

*penales no han de poder por sí solos lograr la desaparición de toda industria o actividad nociva para personas o medio ambiente; pero también es evidente que cualquier política tendente a introducir rigurosidad en ese problema requiere el auxilio coercitivo de la Ley penal”.*

El propio Tribunal Constitucional reconoce en su Sentencia 199/1996 de 3 de diciembre que *“en este sentido debemos señalar que el llamado Derecho penal del medio ambiente constituye la respuesta primaria o básica del ordenamiento jurídico a las más graves vulneraciones del equilibrio de la naturaleza sin perjuicio del importante papel que en este orden de cosas desempeña el Derecho administrativo sancionador...”* y que *“la importancia del derecho al medio ambiente ha sido puesta de relieve también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha declarado que, en determinados casos de especial gravedad, los daños ambientales pueden llegar a vulnerar el derecho de una persona a su vida personal y familiar, declarado por el art. 8 del Convenio de Roma (Sentencias del TEDH Powell y Rainer c. Reino Unido, 21 de febrero de 1990, y López Ostra c. España, 9 de diciembre de 1994)”*<sup>932</sup>.

Llegados a este punto, es preciso aclarar cuándo ese comportamiento, esa agresión al medio ambiente es lo suficientemente grave para que se justifique la entrada en escena del Derecho penal porque, como explica Silva Sánchez, dado nuestro modelo económico y social, existen conductas tanto de puesta en riesgo como lesivas que constituyen una “práctica socialmente adecuada”, que se mueven en un “espacio de riesgo permitido” y forman parte de nuestra vida cotidiana. Para responder a esta cuestión, este autor propone la valoración del *statu quo* anterior a la producción de la conducta lesiva a través de criterios como la extensión en el espacio y en el tiempo, la intensidad de la afectación o la importancia de la especie<sup>933</sup>.

Tras todas estas consideraciones queda claro, a mi modo de ver, que el medio ambiente es un bien jurídico-penal. Si para considerar que un bien jurídico tiene las características de “penal” ha de examinarse si afecta a la generalidad de un grupo social,

---

<sup>932</sup> STC 199/1996 de 3 de diciembre (RTC 1996\199), Fundamentos Jurídicos nº 4 y 2 respectivamente.

<sup>933</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, (Colección Justicia Penal. Atelier, Barcelona, 2012) pp. 31-32 y 110.

es decir, al sistema social en su conjunto, si tiene relevancia suficiente para justificar la aplicación de una pena, si trasciende del conflicto autor-víctima, si tiene reconocimiento constitucional tanto porque suponga un valor desde el punto de vista social como individual, una posición alta en la jerarquía de los valores a proteger y necesidad de protección penal, no cabe duda de que el medio ambiente cumple con todos esos requisitos. Hemos de tener en cuenta que el equilibrio químico de la atmósfera de un planeta es esencial para la presencia de vida en él y que, en el nuestro, a pesar de los grandes cambios y modificaciones que ha tenido la tierra en sus millones de años de vida, el medio ambiente siempre permaneció más o menos estable. La aparición del hombre en el planeta ha sido tardía, pero con un gran poder: la capacidad de transformar el medio ambiente. Aunque esto parezca exagerado, si tenemos en cuenta la evolución que nuestra raza ha sufrido podremos entenderlo<sup>934</sup>. Como bien explica Tablero, los primeros humanos vivieron en armonía con el medio ambiente (al igual que el resto de los animales), más adelante se alejaron de la vida salvaje al ser capaces de controlar y usar el fuego, lo que les permitió modificar o eliminar la vegetación. Esto, a su vez, supuso que también se dedicaran a la domesticación de animales, lo que los llevó a sobrepastoreo, y con él, a la erosión del suelo, así como al cultivo de plantas desechando la vegetación natural para hacer hueco a las cosechas y a la destrucción de árboles para conseguir leña. Y ya dando un gran salto, continúa explicando este autor que “mientras las poblaciones humanas siguieron siendo pequeñas y su tecnología modesta, su impacto sobre el medio ambiente fue solamente local. No obstante, al ir creciendo la población y mejorando y aumentando la tecnología, aparecieron problemas más significativos y generalizados. El rápido avance tecnológico producido tras la Edad Media culminó en la Revolución Industrial, que trajo consigo el descubrimiento, uso y explotación de los combustibles fósiles, así como la explotación intensiva de los

---

<sup>934</sup> “En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea” (*In the long and tortuous evolution of the human race on this planet a stage has been reached when, through the rapid acceleration of science and technology, man has acquired the power to transform his environment in countless ways and on an unprecedented scale*). Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas, celebrada en Estocolmo los días 5-16 de junio de 1972, Principio 1. Pág. Web: <http://www.unep.org/Documents/Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=en> . Visitada el 01/03/2014.

recursos minerales de la Tierra. Fue con la Revolución Industrial cuando los seres humanos empezaron realmente a cambiar la faz del planeta, la naturaleza de su atmósfera y la calidad de su agua. Hoy, la demanda sin precedentes a la que el rápido crecimiento de la población humana y el desarrollo tecnológico someten al medio ambiente está produciendo un declive cada vez más acelerado en la calidad de éste y en su capacidad para sustentar la vida”<sup>935</sup>. Es decir, no se valora la importancia del medio ambiente antes de la Revolución Industrial y de la superpoblación de la tierra porque las reservas ecológicas eran abundantes y el desarrollo tecnológico, y con él, la capacidad lesiva del hombre resultaba inapreciable, pero tras dicha revolución, “el enorme desarrollo tecnológico alcanzado, el incesante aumento de población en el planeta y el paralelo consumo de los recursos ecológicos”, han hecho que el medio ambiente se convierta en un bien jurídico de trascendental importancia<sup>936</sup>. Ya en 1972, en la Conferencia sobre el medio humano celebrada en Estocolmo, en su punto 6 se declaraba que *“hemos llegado a un momento en la historia en que debemos orientar nuestros actos en todo el mundo atendiendo con mayor cuidado a las consecuencias que puedan tener para el medio. Por ignorancia o indiferencia podemos causar daños inmensos e irreparables al medio terráqueo del que dependen nuestra vida y nuestro bienestar”*<sup>937</sup>.

El equilibrio de los sistemas naturales implica que todo está interrelacionado de forma que si atentamos contra algún elemento, todos los demás se verán afectados y esto nos perjudicará a todos. Una vez que un recurso queda dañado, ya no se puede volver atrás, lo que nos debe impulsar a impedir que se dañen. Valga aquí mejor que nunca el dicho “más vale prevenir que curar”, porque no sabemos si habrá cura posible como no pongamos freno a la lesividad ambiental. Como hemos dicho antes, los recursos son finitos y los daños irreversibles. Por todo ello, a mi entender, no hay duda

---

<sup>935</sup> TABLERO BARCELONA, HÉCTOR, 'Medio Ambiente '. Visitado el 27/01/2014 en <http://www.monografias.com/trabajos15/medio-ambiente-venezuela/medio-ambiente-venezuela.shtml>.

<sup>936</sup> VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR, et al., *Derecho penal. Parte especial*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2008) p. 549.

<sup>937</sup> Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, celebrada en Estocolmo los días 5-16, de junio de 1972, Principio 6. Pág web: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=en> . Visitada el 01/03/2014.



de que el medio ambiente es un bien que cumple todos los requisitos exigibles para ser considerado bien jurídico penal, ya que sin él la vida no es posible y ya no sólo la vida sino la calidad de ésta y ya no sólo de los humanos sino de todo el ecosistema en el que habitamos. Por tanto, entendemos que queda probado que tiene una gran relevancia, ocupa un puesto primordial en la jerarquía de valores a proteger, afecta a la generalidad del grupo social y al mismo tiempo a cada individuo en particular y precisa, por consiguiente, protección penal.

#### **3.4.4. El problema de la determinación del bien jurídico medio ambiente.**

Una vez que entendemos que el medio ambiente es un bien jurídico-penal, resulta necesaria la concreción de qué se entiende por “medio ambiente”, es decir, cuál es el contenido del bien jurídico “medio ambiente”, pues, en nuestro Ordenamiento jurídico, ni la Constitución en su art. 45 ni el Código penal en los art. 325 y ss. lo hacen.

Tal es la dificultad y la diversidad de opiniones doctrinales que suscita la definición y determinación de qué se entiende por medio ambiente que algún autor ha llegado a calificarlo de “agujero negro del Derecho”<sup>938</sup>.

Es opinión doctrinal unánime la dificultad de delimitar lo que debe de entrar dentro del bien jurídico-penal medio ambiente. Así, los autores no dudan en considerar que el concepto de medio ambiente es indeterminado, pluridimensional, interdisciplinar, poliédrico, polisémico..., lo que hace muy difícil la exacta determinación del ámbito concreto, del interés específico o del valor esencial que alcanzan relevancia en el Ordenamiento penal, al objeto de que éste entre en juego para su protección y tutela.

La polémica está servida *ab initio*, ya desde la utilización de la expresión “medio

---

<sup>938</sup>“No es exagerado decir que posiblemente el Medio Ambiente y todo lo que le concierne constituye hoy un agujero negro del Derecho, que absorbe con inusitada voracidad toda la luz que los investigadores aportan sobre el tema”, RODRÍGUEZ LÓPEZ, PEDRO, *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho penal. La Administración Pública como garante.*, (Bosch, Barcelona, 2007) p. 209.

ambiente”, que algunos consideran redundante y reiterativa<sup>939</sup> y otros la entienden correcta<sup>940</sup>, ambos acudiendo al Diccionario de la RAE para defender su postura. No concedo gran importancia a la discusión sobre la más adecuada acepción, pero es lo cierto que me parece interesante la matización que López Ramón hace al señalar, sobre el uso de los adjetivos correspondientes, que “hasta hace poco el diccionario únicamente recogía «ambiental»; en la 21ª edición de 1992 ya se recoge «medioambiental»; en cambio, «medial» no es adjetivo admitido en el diccionario con un significado que pueda resultar apropiado a nuestra materia”<sup>941</sup>. En cualquier caso, es lo cierto que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias hablan de medio ambiente, expresión recogida también en la Constitución, empleada por el legislador<sup>942</sup> y utilizada mayoritariamente en el habla coloquial.

El origen de la polémica viene del término inglés “environment”<sup>943</sup>, que puede

---

<sup>939</sup> Afirma Martín Mateo: “advertiremos que aquí se manejan los términos *ambiente* y *medio* como equivalentes, pero no los de *medio ambiente* o *medioambiental*, pese a que el primero ha sido recibido por la Academia de la Lengua Española y por la propia Constitución, que estimamos no obstante reiterativos y redundantes”. MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de Derecho ambiental*, (Thomson Aranzadi, Navarra, 2003) p. 21.

<sup>940</sup> Explica López Ramón “no parece existir tal incorrección, a la vista de los significados atribuidos por la Real Academia. Aunque una, no la primera, de las acepciones de las palabras «ambiente» y «medio», por separado es equivalente a la primera definición de «medio ambiente» (...) el carácter polisémico de las dos palabras (el diccionario proporciona nueve significados de la palabra «ambiente» y cincuenta de la palabra «medio») ha debido contribuir al empleo de la expresión «medio ambiente» para designar específicamente tal acepción. Por tanto, es correcto e incluso más claro hablar de «medio ambiente», como suele hacer el legislador español, aunque también puedan emplearse las palabras «ambiente» y «medio» para designar el mismo objeto”. LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO, 'El derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales', en JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ (ed) *La protección jurídica del medio ambiente* (Aranzadi, Pamplona, 1997) p. 106, nota 1.

<sup>941</sup> LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO, 'El derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales', en JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ (ed) *La protección jurídica del medio ambiente* (Aranzadi, Pamplona, 1997) p. 106, nota 1.

<sup>942</sup> El Preámbulo de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código penal, en su apartado XXI dispone que “Las modificaciones en los delitos contra el medio ambiente...” y la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código penal 8/1983, de 25 de junio, se refería a “*La protección jurídico-penal del medio ambiente...*”, entre otros ejemplos.

<sup>943</sup> *Environnement* en francés, *umwelt* en alemán, *ambiente* en italiano y portugués y *medio ambiente* en español.

traducirse por entorno, e implica un significado tan amplio que puede referirse al conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos y también, por extensión, al conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas, sociales, etc., que rodean a las personas. Ahora bien, desde un punto de vista jurídico es necesario restringir tan omnicomprendivo concepto, pues si no, resulta inútil como objeto de protección por el Derecho. Es por ello, que algunos autores, en aras a una mayor eficacia de la protección, han querido reducir el contenido de dicho significado al mínimo.

#### ***3.4.4.1. Concepciones amplia, estricta e intermedia***

Partiendo de las consideraciones anteriores, podemos distinguir tres tipos de concepciones sobre dicho concepto: amplias, estrictas e intermedias. De manera muy gráfica lo explica Rodríguez López<sup>944</sup>, al representarlo como círculos concéntricos cuyo núcleo sería la concepción estricta, a partir del cual se acuñan conceptos cada vez más extensos hasta llegar a lo defendido por los partidarios de la concepción amplia. Y de manera muy concisa, pero muy clara, explica De la Cuesta Arzamendi lo que incluye cada uno de esos círculos: “Mientras que desde perspectivas amplias y omnicomprendivas el ambiente llega a identificarse con el entorno (incluso el entorno cultural), para las posiciones más estrictas, el concepto de ambiente debe referirse tan sólo a los «elementos fundamentales para la vida: la atmósfera, el suelo, las aguas terrestres y marítimas», excluyéndose del mismo la protección de la naturaleza (espacios naturales, flora, fauna). Posiciones intermedias postulan la integración del concepto de ambiente tanto a través de los elementos naturales, como con el resto de los recursos naturales (flora, fauna, gea) por cuya utilización racional obliga a velar a los poderes públicos el art. 45 CE”<sup>945</sup>.

Veamos cada una de las concepciones antes mencionadas:

Para los partidarios de la **concepción amplia**, se considera medio ambiente todo

---

<sup>944</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, PEDRO, *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho penal. La Administración Pública como garante.*, (Bosch, Barcelona, 2007) p. 220.

<sup>945</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, ' Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental', *revista penal*, nº 4 (septiembre-octubre 1999). pp. 30-31

lo que puede influir en la vida del hombre, esto es, lo que podría denominarse el “entorno” de la vida humana, incluyendo el ambiente natural, el artificial construido por el hombre, el social, el cultural, el económico e incluso el domiciliario<sup>946</sup>; es decir, todo lo que pueda influir en la existencia humana y/o en la calidad de vida.

En la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en 1972 en Estocolmo, no se habla de medio ambiente sino de “medio humano” y se incluye dentro del mismo *el natural y el artificial*<sup>947</sup>, por lo que parece acoger una concepción amplia. Sin embargo, explica López Ramón que, en realidad, “la declaración final de la Conferencia utilizaba esos contenidos con referencia a la calidad de vida, como gran objetivo del poder público que integraría, entre otras políticas, la política ambiental”<sup>948</sup>.

En el Convenio sobre evaluación de impacto ambiental en el contexto transfronterizo entiende incluidos en el medio ambiente “*la salud y la seguridad de los seres humanos, la flora, la fauna, el suelo, la atmósfera, el agua, el clima, el paisaje y los monumentos históricos u otras estructuras materiales o la interacción entre esos factores; incluye asimismo las repercusiones sobre el patrimonio cultural o las condiciones socioeconómicas que se deriven de las alteraciones de esos factores*”<sup>949</sup>.

---

<sup>946</sup> “Si el medio ambiente es el hábitat humano, también lo es el urbano y domiciliario, que es donde en enorme medida el ciudadano desarrolla su actividad” QUERALT JIMÉNEZ, JOAN, *Derecho Penal. Parte especial.*, 6ª, (Atelier, Barcelona, 2010) p. 926.

<sup>947</sup> “Los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma” (*Both aspects of man's environment, the natural and the man-made, are essential to his well-being and to the enjoyment of basic human rights the right to life itself*). Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, celebrada en Estocolmo los días 5-16, de junio de 1972, principio 1. Pág web:

<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=en>.

Visitada el 01/03/2014.

<sup>948</sup> LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO, 'El derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales', en JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ (ed) *La protección jurídica del medio ambiente* (Aranzadi, Pamplona, 1997) p. 106, nota 2.

<sup>949</sup> Art. 1 (Definiciones), VII del Convenio de las Naciones Unidas sobre evaluación de impacto ambiental en el contexto transfronterizo, hecho en Espoo (Finlandia) el 25 de febrero de 1991. Pág. Web: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/conventiontextspanish.pdf>. Visitada el 01/03/2014.

Jacquenod de Zsögon “considera ambiente (entorno o medio) en sentido amplio, al sistema de diferentes elementos, fenómenos, procesos naturales y agentes socio-económicos y culturales, que interactúan condicionando, en un momento y espacio determinados, la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los componentes inertes, en una conjunción integradora, sistémica y dialéctica de relaciones de intercambio. (...) el ambiente, en razón de su particular complejidad y considerándolo como sistema integrado, se divide en factores o en componentes sectoriales agrupados bajo los conceptos de medio físico (agua, suelo, aire, paisaje, flora, fauna) y medio socio-económico-cultural (población, actividades, patrimonio)”<sup>950</sup>.

Triffterer, considerado el principal representante de la concepción amplia, entendía por medio ambiente todo aquello que de una manera positiva o negativa pueda influir sobre la existencia humana digna o en una mayor o menor calidad de vida<sup>951</sup>. También señalaba como ejemplo de definición amplia la adoptada en 1972 por la Comunidad Europea, que “abarca toda la gama que va de la conservación de los medios naturales de sustento de la vida, como el agua y el aire, hasta la educación y el empleo del tiempo libre; la limitación a las bases naturales de la vida humana, que a su vez abarcaría: los medios ambientales (v.gr. temperatura, humedad), como los bióticos

---

<sup>950</sup> JAQUENOD DE ZSÖGÖN, SILVIA, *Derecho ambiental*, 2ª ed., (Dykinson, Madrid, 2004) p. 21.

<sup>951</sup> Otto Triffterer dejó reflejada esta toma de postura en su artículo “Penal protection of the natural environment in the Federal Republic of Germany”, publicado en la *Révue Internationale de Droit Pénal* de 1978, pp. 217-242. Son varios los párrafos en los que el autor deja clara su adscripción a esta concepción: “A much better guide –though not adequately clear-cut- would appear to be the definition used by other authors who see the “environment” or “natural environment” as the totality of mankind’s basic natural living conditions”; “«environmen» and «natural environmental» as the sum of natural basic living conditions for mankind”; “It the term «environmental protection» is restricted in this way, it embraces the preservation of rural amenities and the conservation of nature, water purification, waste disposal, protection against effluents (pure air and noise abatement), radioactivity, environmental chemical and biocides”. TRIFFTERER, OTTO, 'Penal protection of the natural environment in the Federal Republic of Germany', *Révue Internationale de droit pénal*, 4º trim. (1978). pp. 217 y 218. Vid. también sobre este tema en BACIGALUPO, ENRIQUE, 'La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente', *Estudios penales y criminológicos*, nº 5 (1980-1981). pp. 199-200, URRIZA ABAD, JESÚS, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, (La Ley, 2001) p. 45. y RODRÍGUEZ DEvesa, JOSÉ MARÍA & SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., (Dykinson, Madrid, 1995) pp. 1104-1005.

(animales, plantas y otros seres vivos); el ecosistema en su conjunto con sus diversos procesos de transformación de la materia, sus reservas energéticas y sus numerosos subsistemas”<sup>952</sup>.

La explicación a esta corriente amplia la da Peris Riera al señalar que “cuanto más amplia sea la noción [de medio ambiente] mayor ámbito de protección habrá”<sup>953</sup>, aunque Martín Mateo opina que en esos casos se trata más de declaraciones de principios que de postulados de trascendencia jurídica inmediata<sup>954</sup>. El, por otro lado, bienintencionado anhelo de protección lleva a esta corriente a configurar un objeto jurídico de vastas dimensiones que, sin embargo, muchas veces puede conducir a lo contrario.

Precisamente por esto último, otro sector doctrinal entiende que con esta -a veces desmesurada- amplitud, se pierde eficacia y el concepto deviene inútil si el medio ambiente como objeto de Derecho lo comprende todo<sup>955</sup>. De ahí que generalmente se defienda una concepción más restringida del concepto de medio ambiente.

---

<sup>952</sup> No es el único, HERMANN, JOAQUIM, 'Protection of environment through penal law in the Federal Republic of Germany', *Révue Internationale de droit pénal*, 4º trim. (1978). pp. 242-243, afirma: “The most comprehensive description of natural environment and its protection can be found in the Program on environment Protection which the Federal Government has submitted to the Parliament in 1971. The program has stated three main policy goals: to secure an environment which a man requires for the maintenance of his health and in order to lead a life worthy of a Human being; to protect soil, air, water, fauna and flora against adverse influences by man; and to remedy damages and disadvantages caused by man. (...) The ultimate objective of environmental policy, however, is the man. If soil, air, water, fauna and flora are damaged by pollution, a man cannot lead a human life”.

<sup>953</sup> PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, *Delitos contra el medio ambiente*, (Universidad de Valencia, Valencia, 1984) p. 26.

<sup>954</sup> MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Tratado de Derecho ambiental*, (Trivium, Madrid, 1991) p. 82.

<sup>955</sup> LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO, 'El derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales', en JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ (ed) *La protección jurídica del medio ambiente* (Aranzadi, Pamplona, 1997) p. 107.. Sostiene este autor que “cuando se pretende definir un objeto para regularlo, encauzarlo, modificarlo, en atención a determinadas finalidades, por los medios pacificadores del Derecho, de poco parece servir un concepto tan amplio”. En el mismo sentido, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, 'Introducción al delito ecológico', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992) p. 16. Y PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, *Delitos contra el medio ambiente*, (Universidad de Valencia, Valencia, 1984) p. 27.

Matiza Bacigalupo que “no se alcanza a comprender cuál sería el inconveniente que la amplitud del bien jurídico podría ocasionar a la eficacia de la pena. Lo que exige restringir el concepto de medio ambiente a los fines del Derecho penal es la convicción de que el instrumento de la pena tiene carácter excepcional. Más no es posible decir, pues se carece de conocimientos suficientemente verificados como para sostener afirmaciones más amplias”<sup>956</sup>.

En un principio se intentó restringir tan amplio concepto aduciendo que los aspectos inmateriales que integran el llamado ambiente social (los sistemas sociales, políticos y culturales) no pueden considerarse medio ambiente, porque si no, todo Derecho sería Derecho ambiental, por lo que propuso restringir el concepto a las cosas materiales, naturales o artificiales. Así, medio ambiente será el aire, el agua, el suelo, la flora y la fauna, pero también las vías de comunicación y transporte y las construcciones humanas. Sigue, por tanto, siendo una concepción demasiado amplia de medio ambiente para poder considerarla operativa desde el punto de vista del Derecho, y más concretamente, del Derecho penal<sup>957</sup>.

En contraposición a esa excesiva amplitud del concepto de medio ambiente, surge la **concepción estricta**, que restringe la protección a los recursos naturales agua y aire, considerados como el soporte de la vida.

Entre los primeros autores que propugnaron restringir el concepto de medio ambiente a efectos jurídicos fue el francés Lamarque, quien entendía que la definición proporcionada por el Consejo Internacional de la lengua francesa era tan amplia que cualquier aspecto de la vida podría ser engullido por el concepto de medio ambiente. En concreto decía este autor que “tampoco podemos adoptar, por demasiado incierta, la definición que ha propuesto el *Conseil International de la langue française*, según la cual el medio ambiente es «el conjunto, en un momento dado, de los agentes físicos,

---

<sup>956</sup> BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, *La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente*, Santiago de Compostela, 1981) p. 200.

<sup>957</sup> MORENO ALCÁZAR, JOSÉ MANUEL, *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos (una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad)*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2002) pp. 300-301.

químicos, biológicos y de los factores sociales susceptibles de tener un efecto directo o indirecto, inmediato o en un plazo de tiempo, sobre los seres vivos y las actividades humanas». Desde tal perspectiva, todo puede entrar en el medio ambiente; se puede incluir también la enseñanza, el ocio, los deportes, el problema de los transportes, el sistema de las comunicaciones en su conjunto, las modas de difusión del pensamiento, las artes, la medicina, el régimen hospitalario, la criminología, la gastronomía, e incluso, la sexualidad...». Por tanto, concluye este autor, es necesario restringir el concepto de medio ambiente, señalando que, para él, existe un doble enlace entre medio ambiente y naturaleza, explicando su por qué: “La protección del medio ambiente está presente cuando un elemento natural, tal como el agua o el aire, se convierten en el vehículo de perjuicios susceptibles de comprometer el equilibrio psico-fisiológico del hombre. Más que el bienestar, la lucha contra la polución de las aguas, contra el ruido y contra la polución atmosférica tiene también por objetivo fundamental la protección de la salud pública. Por otra parte, asegurar la protección cualitativa de los recursos hídricos, combatir la contaminación atmosférica, es también proteger la naturaleza, es conservarla en su pureza<sup>958</sup>”.

En España esta postura es defendida por Martín Mateo, para quien el medio ambiente es el “conjunto de elementos naturales objeto de una protección jurídica específica”, y más concretamente, “el conjunto de elementos naturales de titularidad

---

<sup>958</sup> LAMARQUE, JEAN, et al., *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*, (L.G.D.J., Paris, 1973) p. XV. Texto original: “On ne saurait davantage adopter, parce que trop incertaine, la définition qui a été proposé para la Conseil International de la lunge française, selon laquelle l'environnement est «l'ensemble, á un moment donné, des agents physiques, chimiques, biologiques et des facteurs sociaux susceptibles d'avoir un effet direct ou indirect, immédiat ou á terme, sur les êtres vivants et les activités humaines». Dans une telle perspective, tout peut entrer dans l'environnement ; on peut y inclure aussi bien l'enseignement, les loisirs, les sports, le problème des transports, le système des communications dans son ensemble, le modes de diffusion de la pensée, les arts, la médecine, le régime hospitalier, la criminologie, la gastronomie et bien entendu, la sexualité...”

Il existe, pensons-nous, un double lien entre l'Environnement et la Nature.

La protection de l'Environnement se trouve en cause lorsqu'un élément naturel, tel l'eau ou l'air, devient le véhicule de nuisances susceptibles de compromettre l'équilibre psycho-physiologique de l'homme. Plus que le mieux-être, la lutte contre la pollution des eaux, contre le bruit, et contre les pollutions atmosphériques a ainsi pour objectif fondamental la protection de la santé publique.

Par ailleurs, assurer la protection qualitative de la ressource en eau, combattre les pollutions atmosphériques, c'est encore protéger, c'est la conserver dans sa pureté”.



común y características dinámicas: en definitiva, el agua y el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra”<sup>959</sup>. El mencionado autor duda si incluir o no el suelo en su estricta conceptualización, y en unos artículos entiende que sí, ya que “es a menudo objeto pasivo de atentados vehiculizados a través del agua o del aire”<sup>960</sup>, pero en otros considera que “la gestión del suelo o bien se reconduce a la ordenación global del territorio y a la lucha contra la erosión con trascendencia más amplia que la propia gestión ambiental, o a la postre se conecta con los ciclos del agua y del aire, bien en cuanto a las sustancias depositadas en el suelo y que en aquellos se transportan, bien en cuanto a eventuales alteraciones de estos ciclos al perturbarse las condiciones meteorológicas, por obra, por ejemplo, de la deforestación”<sup>961</sup>.

Defiende este autor su postura al considerar que parte de “una justificación pragmática y racionalista (...) distinta de ciertas posiciones emocionales e ideológicas que parecen evocar la adhesión a un credo cuasi esotérico en el que la naturaleza asume una función de valor inmanente y absoluto”. Cree que el medio ambiente debe reconducirse al agua y al aire porque son los factores básicos de la existencia de vida en la Tierra, el “soporte de la propia existencia animada” que, “de ser inadecuadamente manejados, vehiculizan toda una serie de trastornos de los sistemas naturales”<sup>962</sup>.

También De la Cuesta Aguado se adscribe a la concepción estricta al expresar

---

<sup>959</sup> MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Tratado de Derecho ambiental*, (Trivium, Madrid, 1991) pp. 85 y 86.

<sup>960</sup> “Lluvia acida, mineralización por regadíos, es también plataforma de perturbaciones que a su vez inciden en los otros medios: desertificación por incendios o talas abusivas, lo que modifica el régimen de precipitaciones con trascendencia eventualmente mundial: eliminación de la selva tropical, que también afecta a la composición de la atmósfera al disminuir, vía acción clorofílica y respiración de las plantas, disminución de la proporción de algunos componentes esenciales: oxígeno, y el aumento de la de otros perjudiciales: anhídrido carbónico. Dentro de este subepígrafe ambiental, cabe incluir las medidas que afectan a la restauración de suelos afectados por canteras, excavaciones mineras y otras alteraciones artificiales del medio territorial”. MARTÍN MATEO, RAMÓN, 'El delito ambiental. Reflexiones desde el Derecho administrativo', *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, nº 238 (1988). p. 1037. También incluye el elemento suelo en su concepto de medio ambiente en MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de Derecho ambiental*, (Thomson Aranzadi, Navarra, 2003) p. 53.

<sup>961</sup> MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Tratado de Derecho ambiental*, (Trivium, Madrid, 1991) p. 86.

<sup>962</sup> MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Tratado de Derecho ambiental*, (Trivium, Madrid, 1991) pp. 87-88.

que “el concepto (...) que seguiremos nosotros de medio ambiente como bien jurídico es un concepto restrictivo”. Sin embargo, cuando explica lo que es para ella el «medio ambiente» no lo circunscribe únicamente a los elementos antes mencionados sino que lo amplía bastante al señalar que “el bien jurídico «medio ambiente» es, sobre todo, el conjunto de relaciones, de reglas naturales, bióticas, biológicas, ecológicas, etc... que han permitido el desarrollo del hombre y la aparición y mantenimiento de la «vida» en el planeta tierra<sup>963</sup>, lo que hace llegar a la conclusión de que, en realidad, se adscribe a la concepción intermedia que más adelante veremos.

Por su parte, Mendo Estrella, realizando un estudio de la protección del medio ambiente en nuestro Código penal, llega a la conclusión de que “el equilibrio de los sistemas naturales” a que hace referencia el art. 325 Cp “consistirá o dependerá del mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire o el agua así como de la propia existencia de tales elementos”<sup>964</sup>.

Esta concepción se justifica, en palabras de Peris Riera, porque “cuanto más restringido sea el concepto, mayor será la eficacia de protección”<sup>965</sup>.

Sin embargo, señala López Ramón que esa postura tan restringida no es compatible con la literalidad del art. 45.2 CE<sup>966</sup>, que recogiendo la fórmula más difundida por el Derecho internacional, establece que “*los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de (...) defender y restaurar el medio ambiente*”. Por lo que es necesario ampliar el contenido del concepto medio ambiente y reconducirlo a su identificación con los “recursos naturales”.

---

<sup>963</sup> DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) p. 64.

<sup>964</sup> MENDO ESTRELLA, ÁLVARO, 'La compleja estructura de peligro en el denominado delito ecológico del artículo 325.1 del Código penal: algunas alternativas', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. LXI (2008). p. 240

<sup>965</sup> PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, *Delitos contra el medio ambiente*, (Universidad de Valencia, Valencia, 1984) p. 27.

<sup>966</sup> LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO, 'El derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales', en JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ (ed) *La protección jurídica del medio ambiente* (Aranzadi, Pamplona, 1997) p. 109.

Surge así, por último, la opinión doctrinal mayoritaria, a favor de las **concepciones intermedias**, que consideran incluidos en el concepto de medio ambiente la unión de los elementos naturales *strictu sensu* (agua, aire, suelo, fauna, flora) y la relación hombre-medio.

A esta corriente pertenece la definición mantenida por Bacigalupo, que concibe al medio ambiente como “el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales”<sup>967</sup>.

En el Derecho español sus principales representantes son De la Cuesta Arzamendi y Peris Riera, para quien la definición de medio ambiente incluye los elementos antes mencionados (suelo, aire, agua, fauna, flora) y las condiciones que permiten su desarrollo de manera que el sistema ecológico no resulte perjudicado.

En concreto, De la Cuesta Arzamendi propugna un concepto de medio ambiente que, dejando fuera las cuestiones relativas a urbanismo y territorio, añade “a los elementos aire, agua, suelo (y fuego), la fauna y la flora, e incluso, con marcado antropocentrismo, el contenido de la relación hombre-medio”<sup>968</sup>. Y Peris Riera, al igual que Mateos Rodríguez-Arias, hace suya la formulación ya realizada por Bacigalupo<sup>969</sup>.

---

<sup>967</sup> BACIGALUPO, ENRIQUE, 'La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente', *Estudios penales y criminológicos*, nº 5 (1980-1981). p. 200-201.

<sup>968</sup> DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, 'Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (Tít. XIII, L. II, PANCP 1983)', *Documentación jurídica*, nº 37/40 (1983). p. 880, citado en MORENO ALCÁZAR, JOSÉ MANUEL, *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos (una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad)*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2002) p. 302.

<sup>969</sup> PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, *Delitos contra el medio ambiente*, (Universidad de Valencia, Valencia, 1984) p. 28. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1998) pp. 17 y 24. En el mismo sentido Conde-Pumpido considera adecuada la inclusión en un mismo título (Tít. XVI), pero en capítulos separados en nuestro Cp porque considera que “se logra (...) destacar la autonomía del bien jurídico medio ambiente respecto de la ordenación del territorio...” CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, 'La tutela del medio ambiente. Análisis de sus novedades más relevantes', *La ley*, Tomo 2 (1996).

En el mismo sentido, pero desde una óptica constitucional, De la Mata Barranco circunscribe el ambiente a “los recursos naturales utilizables por el hombre, relacionados con su calidad de vida, personal y social, sin limitación, abarcando aire, agua, suelo, fauna y flora, así como la propia relación del hombre con dichos elementos”<sup>970</sup>.

Por su parte, López Ramón considera que “la protección del medio ambiente debe configurarse como la protección de los recursos naturales, con dos grandes contenidos: uno general, que afecta a todas las políticas públicas, exigiendo que éstas tengan en cuenta la situación de los recursos naturales afectados; otro específico, que se ocupa de velar directa y sectorialmente por la utilización racional de los recursos naturales”<sup>971</sup>.

Hace Corcoy Bidasolo una interesante aportación al señalar que el bien jurídico protegido dentro de los delitos contra el medio ambiente debería ser “el equilibrio de los sistemas naturales” y no los recursos naturales en sí mismos considerados. De esta manera, la diferenciación entre la entrada en escena del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador es clara: sólo actuará el Derecho penal cuando la lesión a un recurso natural suponga la afectación del sistema ecológico, la alteración de otros sistemas naturales<sup>972</sup>. Ésta es la opción por la que ha optado el legislador español al castigar en el art. 325 Cp a quienes realicen alguna de las acciones descritas en el texto de forma que “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”.

Urza Abad habla de una cuarta postura, a la que denomina “conceptualización

---

<sup>970</sup> DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J., *Protección penal y accesoriedad administrativa*, (Cedecs, Barcelona, 1996) p. 48.

<sup>971</sup> LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO, 'El derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales', en JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ (ed) *La protección jurídica del medio ambiente* (Aranzadi, Pamplona, 1997) p. 109.

<sup>972</sup> CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, 'Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: Una perspectiva criminológica', en MIRENTXU CORCOY BIDASOLO & CARMEN RUIDÍAZ GARCÍA (eds) *Problemas criminológicos en las sociedades complejas* (Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2000) p. 67.

residual”<sup>973</sup>, cuyos autores, mediante el sistema de exclusión, delimitan lo que debe integrarse dentro del concepto de bien jurídico digno de protección penal. Es decir, indican lo que *no* debe formar parte de él, de manera que todo lo demás sí ha de considerarse incluido en dicho ámbito de protección. Señala a Rodríguez Devesa como principal representante, para quien pertenecerían al medio ambiente los elementos naturales indispensables para la existencia humana, siempre que no sean objeto de tutela penal específica en otros preceptos del Código penal o de leyes penales especiales<sup>974</sup>.

En la doctrina francesa, Papaux define el Derecho ambiental como aquel que se ocupa de las relaciones entre el hombre y la naturaleza, y sostiene que esas relaciones se pueden concebir siguiendo dos perspectivas generales: considerando al hombre *por encima* de la naturaleza o considerándolo *en* la naturaleza<sup>975</sup>, en una consideración claramente acorde con las corrientes intermedias.

Desde mi punto de vista, no parece defendible la concepción estricta, puesto que hay muchos más elementos además del aire y del agua a los que podemos considerar como integrantes del ambiente en el que nos desenvolvemos y de los que absorbemos “nutrientes” necesarios para la vida. Pero tampoco la concepción amplia parece

---

<sup>973</sup> URRAZA ABAD, JESÚS, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial*, (La Ley, 2001) p. 48.

<sup>974</sup> “Un intento de precisar los contornos del bien jurídico protegido ha de proceder, a mi juicio de modo necesario con criterios residuales. Pertenecen al medio ambiente, en el sentido de la ley, todos aquellos elementos naturales cuya conservación o restauración es indispensable para la supervivencia del ser humano, siempre y cuando no encuentren una tutela específica en otros preceptos del propio Código o de leyes penales especiales, o cuando se hallen interrelacionados de suerte que esa protección específica no alcance al sistema (al ecosistema), sino sólo a uno de sus elementos aisladamente considerado, de manera que dicha protección penal sea insuficiente para garantizar, mediante el cumplimiento por separado de las normas, la preservación o recuperación de elementos vitales para la supervivencia del hombre”. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA & SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., (Dykinson, Madrid, 1995) pp. 1105-1106.

<sup>975</sup> “D’une phrase, le droit de l’environnement se peut définir comme le droit qui s’occupe des rapports entre l’homme et la nature

Tout aussi schématiquement, ces rapports se peuvent concevoir suivant deux perspectives générales, celle de l’homme se pensant *au-dessus* de la nature, celle de l’homme se pensant *dans* la nature”. PAPAUX, ALAIN, “De la nature au milieu: l’homme plongé dans l’environnement”, *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, n° 1. Vol. 60 (2008). p. 31.

plausible, pues si incorporamos todo lo que rodea al hombre al concepto de medio ambiente, todo lo que puede influir en su calidad de vida, en realidad se conformaría un bien jurídico tan extenso que cualquier conducta podría ser reconducida al mismo, rompiéndose así el principio de intervención mínima del Derecho penal y la taxativa consideración como bienes jurídico-penales sólo de los valores fundamentales para la convivencia social, además de que muchos de los valores que exceden del concepto de medio ambiente pueden conducirse a otros bienes jurídicos. Considero, por tanto, que la concepción intermedia es la más acertada al incluir, junto a los elementos naturales “mínimos” como el agua y el aire, otros también necesarios, como son el suelo y la flora y fauna, pues son elementos esenciales en el mantenimiento de los ecosistemas que, a su vez, influyen directamente en la vida y salud humanas (relación hombre-medio). Como afirmábamos en el epígrafe anterior, es necesario un equilibrio químico justo para que se dé la vida en un planeta y ese equilibrio genera una serie de ecosistemas que se alimentan unos a otros para que la vida pueda continuar, de manera que, si perturbamos uno, estamos perturbándolo todo, estamos perturbándonos a nosotros. Con otras palabras lo explica Rodas Monsalve, al señalar que la ecología ha puesto de manifiesto que la diversidad de especies es un mecanismo natural para la autorregulación de los ecosistemas y que “la destrucción de especies rompe el delicado equilibrio de los ecosistemas y expone directamente a peligros la vida y la salud humana”<sup>976</sup>.

#### ***3.4.4.2. Referencia a la elección de una concepción amplia, estricta o intermedia en el Derecho comparado: España, Francia, Alemania, Italia y Portugal***

En cuanto al Ordenamiento español, no encontramos en nuestro Derecho patrio, ni en la Constitución en su art. 45, ni en el Código penal en ninguno de los artículos que conforman el Título XVI, una definición de medio ambiente. Tuvo que ser el Tribunal Constitucional quien se manifestara sobre tan compleja cuestión en la STC 102/1995 de 26 de junio (RTC 1995\102) en la que, reconociendo que la Constitución Española alude al medio ambiente sin definirlo y acudiendo al Diccionario de la Real Academia Española, expone lo siguiente: “*Qué sea el medio ambiente resulta más difícil de*

---

<sup>976</sup> RODAS MONSALVE, JULIO CÉSAR, *Protección penal y medio ambiente*, (PPU, Barcelona, 1993) p. 81.

*discernir con la exactitud y el rigor que exigen las categorías jurídicas, aun cuando esa dificultad no pueda eximirnos de intentarlo en la medida necesaria para encuadrar la Ley en tela de juicio y analizar luego individualmente los preceptos impugnados. Como principio no resulta ocioso insistir en el hecho inconcluso de que la Constitución Española, como las demás, utiliza palabras, expresiones o conceptos sin ocuparse de definirlos, por no ser misión suya y cuyo significado hay que extraer del sustrato cultural donde confluyen vectores semánticos ante todo y jurídicos en definitiva, con un contenido real procedente a su vez de distintos saberes y también de la experiencia. Este es el caso del medio ambiente que gramaticalmente comienza con una redundancia y que, en el lenguaje forense, ha de calificarse como concepto jurídico indeterminado con un talante pluridimensional y, por tanto, interdisciplinar (STC 64/1982). Una primera indagación semántica, según el sentido propio de las palabras utilizadas por la Constitución y los Estatutos, nos lleva al Diccionario de la Real Academia Española, donde algunas acepciones de la palabra «medio» lo definen como el conjunto de circunstancias culturales, económicas y sociales en que vive una persona o un grupo humano. Siendo tal el significado gramatical, no resulta sin embargo suficiente por sí mismo para perfilar el concepto jurídico que, por el momento, no comprende tantos elementos y excluye, en principio, el componente social.*

*A su vez, el «ambiente» comprende las condiciones o circunstancias de un lugar que parecen favorables o no para las personas, animales o cosas que en él están. Como síntesis, el «medio ambiente» consiste en el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida. Las personas aceptan o rechazan esas posibilidades, las utilizan mal o bien, en virtud de la libertad humana. El medio no determina a los seres humanos, pero los condiciona. Se afirma por ello, que el hombre no tiene medio sino mundo, a diferencia del animal. No obstante, en la Constitución y en otros textos el medio, el ambiente o el medio ambiente («environment», «environnement», «Umwelt») es, en pocas palabras, el entorno vital del hombre en un régimen de armonía, que aún lo útil y lo grato. En una descomposición factorial analítica comprende una serie de elementos o agentes geológicos, climáticos, químicos, biológicos y sociales que rodean a los seres vivos y actúan sobre ellos para bien o para mal, condicionando su existencia, su identidad, su desarrollo y más de una vez su extinción, desaparición o consunción”.*

Veamos, únicamente a modo de ejemplos comparativos, el tratamiento que en nuestros Derechos vecinos se da al bien jurídico medio ambiente y si ellos incluyen o no una definición legal de tal bien jurídico.

En la dogmática francesa, parece que se acoge el concepto intermedio de medio ambiente al declarar el art. L110 del Código de medio ambiente francés en su epígrafe I que, “*los espacios, recursos y medios naturales, los sitios y paisajes, la calidad del aire, las especies animales y vegetales, la diversidad y los equilibrios biológicos de los que participan son parte del patrimonio común de la nación*”, y en su epígrafe II que “*su protección, su desarrollo, su restauración, su rehabilitación y su gestión son de interés general y concurren al objetivo de desarrollo sostenible con vistas a satisfacer las necesidades de desarrollo y la salud de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas*”<sup>977</sup>.

En Alemania, su Código penal recoge una sección expresamente dedicada a los delitos contra el medio ambiente, parágrafos 324 a 330d, donde, a diferencia del caso francés, no encontramos definición de medio ambiente. El §330d, con el título “*definiciones*”, incluye lo que debe entenderse por una serie de conceptos (*recurso hídrico, planta nuclear, bien peligroso hídrico, bien peligroso y obligación jurídico-administrativa*), pero entre ellos no se encuentra el general de medio ambiente. No obstante, a través de la concreta legislación de estos delitos, podemos deducir que la dogmática alemana acoge el concepto estricto de medio ambiente, primero porque en el §326, que trata sobre residuos tóxicos, en su número 6 dispone que “*el hecho no es punible cuando evidentemente se excluyen efectos nocivos sobre el medio ambiente, de manera especial los seres humanos, los recursos hídricos, el aire, el suelo, animales y*

---

<sup>977</sup> Art. L110-1 Code de l'environnement (modificado por el art. 132 de la Ley nº 2002-276 de 27 de febrero de 2002): I. - *Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation.*

II. - *Leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état et leur gestion sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs.*



*plantas útiles, debido a las escasas cantidades de los desechos*"; y, segundo, porque, a diferencia del caso español, por ejemplo, se ha optado por estructurar la protección ambiental con base en el amparo de cada elemento integrante del medio ambiente, existiendo tantos tipos penales como elementos a tutelar. En otras palabras, podemos comprobar qué se entiende integrado en el bien jurídico medio ambiente mediante la observación de los elementos amparados y estos elementos son el agua, el aire, el suelo, la flora y la fauna, es decir, se circunscribe a la protección de los elementos naturales<sup>978</sup>.

En Italia, el único tipo penal que hacía referencia al medio ambiente era el art. 734 del Código penal italiano<sup>979</sup>, dedicado a la destrucción o desfiguración o alteración de la belleza natural de los lugares protegidos, hasta 1985 en que se aprobó la Ley n° 431 de 8 de agosto para la introducción de disposiciones urgentes para la tutela de las zonas de particular interés<sup>980</sup>. Hay que esperar a 2011 para encontrar en el Código penal italiano un par de artículos expresamente dedicados al medio ambiente, artículos que fueron introducidos por el Decreto Legislativo n° 121 de 7 julio de 2011, para dar cumplimiento a diversas directivas europeas. Estos artículos son el art. 727-bis, dedicado a la *“matanza, destrucción, captura, posesión de especímenes de fauna y flora silvestres protegidas o especies de flora”* y el art. 733-bis, sobre la *“destrucción o deterioro del hábitat dentro de un área protegida”*. Y, aunque, hoy día, no existe un título o capítulo especialmente dedicado a la tipificación los delitos contra el medio ambiente en su Código penal, sí que podemos encontrar estas normas diseminadas en

---

<sup>978</sup> §324: agua, §324a: suelos (con referencia al perjuicio de la salud de hombres, animales y plantas), § 325: aire (también con referencia al perjuicio de la salud de hombres, animales y plantas), §325a: ruidos, vibraciones y radiaciones ionizantes, §326: residuos (también con referencia al perjuicio de la salud de hombres, animales y plantas), §327: cumplimiento de normativa administrativa en centrales nucleares y fábricas en general, §328: materiales radiactivos, §329: espacios protegidos. LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, 'Código penal alemán traducido al español', <http://www.mpf.gov.ar/docs/RepositorioB/Ebooks/qe1085.pdf>, pp. 115 y ss. Visitada el 01/03/2014.

<sup>979</sup> Art. 734, Codice penale: *Distruzione o deturpamento di bellezze naturali. Chiunque, mediante costruzioni, demolizioni, o in qualsiasi altro modo, distrugge o altera le bellezze naturali dei luoghi soggetti alla speciale protezione dell'Autorità, è punito con l'ammenda da lire 2 milioni a 12 milioni.*

<sup>980</sup> Legge 8 agosto 1985, n. 431 (GU n. 197 del 22/08/1985), conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, recante disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale.

una multiplicidad de artículos<sup>981</sup> y disposiciones<sup>982</sup>. Aunque tampoco encontramos en la legislación penal italiana una definición clara sobre lo que se considera medio ambiente, podemos señalar que en este Ordenamiento ha ejercido gran influencia la clasificación de los significados que implican la expresión medio ambiente propuesta por Giannini: primera, protección de la naturaleza referida a la tutela del paisaje; segunda: lucha contra la contaminación referida a la defensa del aire, agua y suelo; y tercera, ordenación territorial, referida al urbanismo<sup>983</sup>.

La protección penal del medio ambiente en Portugal cristalizó con la modificación de su Código penal ocurrida en 1995 (Decreto Ley 400/95, de 23 de septiembre), que introdujo los artículos 278 a 281, dedicados a los daños contra la

---

<sup>981</sup> Como, por ejemplo, los referidos a los delitos de incendio (arts. 423 y 423 bis), inundaciones, deslizamientos o avalanchas provocadas (arts. 426 y 427), art. 659 contra los ruidos que disturben las ocupaciones o el descanso (art. 659 y 660), daños al patrimonio histórico, arqueológico o artístico nacional (art. 733 ).

<sup>982</sup> Podemos citar entre otras, la Ley n° 93 de 23 de marzo de 2001 (Legge 23 marzo 2001, n. 93 "Disposizioni in campo ambientale" pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 79 del 4 aprile 2001). El Decreto Legislativo n° 152 de 3 de abril de 2006, modificado por el Decreto Legislativo n° 4 de 16 de junio de 2008 y el Decreto Legislativo n° 128 de 29 de junio de 2010, cuyo objetivo primario es la promoción del nivel de calidad de la vida humana a través de la salvaguarda y el mejoramiento de las condiciones del ambiente y la utilización racional de los recursos naturales. (Decreto Legislativo 3 aprile 2006 , n. 152 Norme in materia ambientale, Art. 3.1: *Il presente decreto legislativo ha come obiettivo primario la promozione dei livelli di qualita' della vita umana, da realizzare attraverso la salvaguardia ed il miglioramento delle condizioni dell'ambiente e l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali*"), Decreto Legislativo n° 258 de 18 de agosto de 2000 en materia de tutela del agua (Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 258. Disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 152, in materia di tutela delle acque dall'inquinamento, a norma dell'articolo 1, comma 4, della legge 24 aprile 1998, n. 128).

<sup>983</sup> GIANNINI, M. S., 'Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici,' *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, (1973). pp. 15 y ss. Citado en CORDINI, GIOVANNI, 'Bibliografia giuridica dell'ambiente. Il diritto dell'ambiente', *Istituto di Studi Politico-Giuridici dell'Università di Pavia*, <http://www.ittig.cnr.it/Ricerca/Testi/cordini1991.htm> , nota 25 (1991), visitada el 01/03/2014 y en LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO, 'El derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales', en JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ (ed) *La protección jurídica del medio ambiente* (Aranzadi, Pamplona, 1997) p. 111.

naturaleza, la contaminación y el peligro relativo a los animales o los vegetales<sup>984</sup>. Pero tampoco definen ni hacen referencia alguna al concepto de medio ambiente. No obstante, Krempel Valera considera que no debe adaptarse un concepto amplio de medio ambiente, mostrándose de acuerdo con la orientación restrictiva adoptada en el XII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Hamburgo, 1979), que incluía dentro del mismo agua, aire, flora, fauna<sup>985</sup>. Y, entiende que el Derecho ambiental, conjugando lo dispuesto en la Constitución portuguesa<sup>986</sup> y la Ley 11/87 de bases del medio ambiente, es “el derecho de los ciudadanos a disponer de todo un conjunto de sistemas de naturaleza física, química y biológica que les permita la realización saludable de su personalidad humana en un contexto social, económico y cultural (...) a fin de crearse una verdadera calidad de vida para toda la colectividad”<sup>987</sup>.

---

<sup>984</sup> Código penal portugués: Art. 278: Danos contra a natureza, art. 279: Poluição, art. 280 : Poluição com perigo comum y art. 281: Perigo relativo a animais ou vegetais.

<sup>985</sup> “Considerando as perspectivas existentes, a fim de evitar a dificuldade, tanto de caracterização, como de administração do conceito, entendemos que o mesmo não deve ser amplo. Por esse motivo é que estamos de acordo com a orientação que fora adoptada durante os trabalhos preparatórios do XII Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, ocorrido em Hamburgo, no ano de 1979, que estabeleceu o conteúdo do meio ambiente como abrangendo a pureza das águas, da atmosfera, da flora e da fauna, a preservação das áreas florestais e paisagísticas, do solo agrícola e de outras riquezas naturais. Uma orientação simples e que deixa evidenciado que o meio ambiente restritamente considerado deve ser visto como o conjunto de elementos naturais que ao se combinarem acabam por configurar o habitat actual para o homem, bem como para a flora e fauna. Qualquer alteração nociva a ele irá certamente acarretar um desequilíbrio prejudicial a todos. Portanto, a poluição, quando ocasionada em medidas inadmissíveis, deverá ser penalizada, a fim de que as condições ecológicas sejam conservadas não apenas para as presentes, como também para as futuras gerações”. KREMPEL VARELA, LUCIANA, 'As tutelas constitucional e penal do meio ambiente', *revista de Estudos Politécnicos*, Vol. VIII, nº 13 (2010). p. 84

<sup>986</sup> Respecto al caso portugués, hemos de tener en cuenta que, al igual que en España y a diferencia de otros países de nuestro entorno, su Constitución incluye un artículo que proclama el derecho al medio ambiente. Efectivamente, como veremos al hablar de las concepciones antropocéntrica y ecocéntrica, el art. 66 de la Constituição da República Portuguesa está dedicado al “medio ambiente y calidad de vida”.

<sup>987</sup> “Portanto, conjugando o disposto pela CRP em seu artigo 66º, nº 1 com as disposições das Leis de Base do Ambiente – Lei nº 11/87 -, fica-nos claro o que vem a ser o direito ao ambiente. Trata-se do “direito dos cidadãos a dispor de todo um conjunto de sistemas de natureza física, química e biológica que lhes permitam realizar salutarmente a sua personalidade humana num contexto social, económico e cultural liberto de condicionalismos tecnológicos, a fim de se criar uma verdadeira qualidade de vida para toda a colectividade”. KREMPEL VARELA, LUCIANA, 'As tutelas constitucional e penal do meio ambiente', *revista de Estudos Politécnicos*, Vol. VIII, nº 13 (2010). p. 88

Y, volviendo a nuestra nación, aunque en el caso español surgen grandes críticas a la redacción legal por considerar que no es clara ni define lo que debe entenderse por medio ambiente o recursos naturales, considera Alastuey Dobón que actualmente esa polémica está superada. Afirma esta autora que la doctrina contempla el medio ambiente como un objeto de protección independiente del patrimonio histórico y de la ordenación del territorio, y que la definición de medio ambiente consagrada hoy en día es la que lo caracteriza como “un conjunto de elementos naturales básicos para el desarrollo de la vida humana sobre la tierra”<sup>988</sup>.

#### ***3.4.4.3. Concepciones antropocéntricas y ecocéntricas.***

Se discute otra manera de enfocar el estudio del bien jurídico medio ambiente, existiendo dos tendencias: la tutela medioambiental entendida desde un punto de vista antropocéntrico, que exige una afectación, siquiera indirecta, a la esfera de las personas, y la entendida desde un punto de vista egocéntrico, que no exige tal afectación y va referida al medio ambiente como valor abstracto en sí mismo considerado<sup>989</sup>. Corcoy Bidasolo resume estas dos tendencias, apuntando que, para el antropocentrismo, el medio ambiente se amparará únicamente cuando sea necesario para proteger la salud de las personas, mientras que para el ecocentrismo dicha protección deberá realizarse se afecte o no a la salud de los individuos<sup>990</sup>. A estas concepciones, a su vez, se les suman

---

<sup>988</sup> ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> CARMEN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, (Comares, Granada, 2004) p. 57.

<sup>989</sup> Escajedo San Epifanio, sin embargo, sostiene que la división es entre una orientación antropocéntrica y otra no antropocéntrica: “El pensamiento que se opone al *antropocentrismo* se califica en la ciencia penal como *no antropocéntrico*, sin más, porque la concepción más radical del *ecocentrismo*, que llevaría a reconocer al medio ambiente como entidad independiente y sujeto de derechos no ha tenido eco en la doctrina penal”. Si bien es cierto, que más adelante, al hablar de las tesis moderadas, menciona que “las tesis más extendidas, en cualquier caso, son las antropo-ecocéntricas, ecológico-antropocéntricas, así como de antropocentrismo o ecocentrismo moderado”. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, LEIRE, *El medio ambiente en la crisis del Estado social: su protección simbólica*, (Comares, Granada, 2006) p. 312.

<sup>990</sup> CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, 'Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: Una perspectiva criminológica', en MIRENTXU CORCOY BIDASOLO & CARMEN RUIDÍAZ

otras de carácter intermedio. Esta discusión tiene importancia para el Derecho penal, pues dependiendo de que se adopte una u otra tendencia, los delitos contra el medio ambiente serán considerados como de peligro (orientación antropocéntrica) o de lesión (orientación ecocéntrica).

Como hemos dicho, según la concepción antropocéntrica, la tipificación de los comportamientos agresivos contra el medio ambiente sólo puede entenderse reconduciéndola a la protección de los bienes jurídicos individuales vida y salud. Ahora bien, dentro de esta concepción se distinguen, a su vez, dos tendencias. Por un lado, los que niegan rotundamente que el medio ambiente sea un bien jurídico, considerándolo sólo como un instrumento de ataque a los bienes jurídicos individuales clásicos, y por otro lado, los que piensan que el medio ambiente sí es un bien jurídico, de carácter colectivo, pero sin autonomía frente a los bienes jurídicos personales.

Según la concepción ecocéntrica, el medio ambiente es un bien jurídico colectivo o supraindividual con plena autonomía respecto de los bienes jurídicos individuales. También dentro de esta concepción, podemos distinguir, a su vez, dos orientaciones: una, que sostiene que al medio ambiente hay que protegerlo por las funciones que cumple para el desarrollo de la vida humana sobre la tierra; y otra, que defiende la protección del medio ambiente, en sí mismo considerado, sin precisar ningún nexo con el ser humano.

No obstante, también existe un sector crítico integrado en la denominada Escuela de Frankfurt, que propugna la abolición del bien jurídico penal medio ambiente y que sostiene que dicho bien no existe ni desde una perspectiva ecocéntrica ni antropocéntrica. Müller-Tuckfeld, representante de esta tendencia, defiende, con respecto a la teoría ecocéntrica, que la misma “no puede sostenerse sin incurrir en contradicciones como la que supone el hecho de que son los hombres quienes definen aquello que presta un servicio a la protección de la naturaleza «en sí misma». La situación que debe proteger está definida socialmente y, por tanto, no puede inferirse lógicamente de la naturaleza misma. Desde el punto de vista teórico, un ecocentrismo

consecuente hasta el final no pasa de ser una ingenua naturalización de las relaciones sociales. Por tanto, hoy por hoy no merece la pena discutir demasiado a fondo esta postura, pues en la actual dogmática no desempeña más papel que el de blanco fácil para la crítica. Hablar de derechos propios de la naturaleza no es compatible con los fundamentos del Derecho vigente. Todo el que reivindica algo debe revestir la condición de sujeto con capacidad jurídica”<sup>991</sup>. También tiene palabras de crítica para la tesis antropocéntrica: “De prosperar esta teoría, difícilmente podría fundamentarse un Derecho penal ambiental autónomo, pues éste acabaría reconduciéndose a casos particulares de forma de comisión de los delitos clásicos (por ejemplo, el § 223 [lesiones]). Como rara vez se presentan modalidades comisivas subsumibles en los delitos clásicos, el Derecho penal ambiental iría a menos hasta devenir irrelevante en la práctica”<sup>992</sup>. Y Tampoco parecen convencerle las teorías intermedias: “Para poder justificar que el Derecho penal del medio ambiente es algo más y, a la vez, algo distinto a una forma especial de las modalidades clásicas de delito, la doctrina personal del bien jurídico debe partir de una relación de medio a fin entre bienes jurídicos colectivos e intereses personales protegidos. Por este motivo, (...) la teoría personal coincide por completo en sus conclusiones con la «concepción ecológico-antropocéntrica del bien jurídico» que es la dominante. (...) Sin embargo, si no contamos con criterio alguno para someter a crítica la citada relación de medio a fin, cualquier posible protección del medio ambiente –mientras se configure de forma personal- gozará de la legitimación de la noción personal de bien jurídico. De ser así, esta noción dejará por fuerza de ser un criterio útil de crítica para el control de la legitimidad de las normas penales”<sup>993</sup>. Por tanto, para este autor, “la discusión sobre el concepto de bien jurídico de medio

---

<sup>991</sup> MÜLLER-TUCKFELD, JENS CHRISTIAN, 'Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente', en CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (ed) *La insostenible situación del Derecho penal* (Comares, Granada, 2000) p. 509. Traducción realizada por Elena Íñigo Corroza, Nuria Pastor Muñoz y Ramón Ragués i Vallès.

<sup>992</sup> MÜLLER-TUCKFELD, JENS CHRISTIAN, 'Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente', en CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (ed) *La insostenible situación del Derecho penal* (Comares, Granada, 2000) p. 509. Traducción realizada por Elena Íñigo Corroza, Nuria Pastor Muñoz y Ramón Ragués i Vallès.

<sup>993</sup> MÜLLER-TUCKFELD, JENS CHRISTIAN, 'Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente', en CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (ed) *La insostenible situación del Derecho penal* (Comares, Granada, 2000) p. 510. Traducción realizada por Elena Íñigo Corroza, Nuria Pastor Muñoz y Ramón Ragués i Vallès.

ambiente resulta prácticamente irrelevante”<sup>994</sup> y el Derecho penal del medio ambiente en realidad es un derecho simbólico con el que se pretende educar a la sociedad<sup>995</sup>.

Sin embargo, como hemos visto en epígrafes anteriores, la mayoría de la doctrina sí defiende una protección penal del medio ambiente y, dentro de ese reconocimiento de la necesidad de considerar al medio ambiente un bien jurídico penal, se adscribe a una u otra de las tendencias antes mencionadas. También responde a esta cuestión acerca de la necesidad de protección penal vs. protección administrativa nuestro Alto Tribunal en su sentencia de 19 de abril de 2010, señalando que “*La importancia de este valor [medio ambiente] aconseja no recurrir con demasiada facilidad al principio de "intervención mínima" cuando se trata de defenderlo mediante la imposición de las sanciones legalmente previstas a los que lo violan. El citado art. 45 CE, en su tercer párrafo, proporciona una pauta a seguir en este sentido al prever que la ley establecerá sanciones penales o, en su caso, administrativas para los que violen el medio ambiente. Debe tomarse, en consecuencia, con ciertas reservas la afirmación -deslizada ocasionalmente en alguna resolución de esta misma Sala- de que el Derecho penal actúa, en la protección penal del medio ambiente, de forma accesorio y subsidiaria con respecto al Derecho administrativo. Una cosa es que la realización del delito contra el medio ambiente presuponga que sea grave el peligro para la salud de las personas o el perjuicio en las condiciones de la vida animal o vegetal derivados de la acción típica y otra, completamente distinta y no acorde con la relevancia del bien jurídico protegido, es que la interpretación del art. 347 bis CP 1973 -y de los preceptos que lo han sustituido y ampliado en el capítulo III del título XVI CP 1995- haya de hacerse sistemáticamente bajo la inspiración prioritaria del principio de intervención mínima*”<sup>996</sup>.

---

<sup>994</sup> MÜLLER-TUCKFELD, JENS CHRISTIAN, 'Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente', en CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (ed) *La insostenible situación del Derecho penal* (Comares, Granada, 2000) p. 510. Traducción realizada por Elena Íñigo Corroza, Nuria Pastor Muñoz y Ramón Ragués i Vallès.

<sup>995</sup> MÜLLER-TUCKFELD, JENS CHRISTIAN, 'Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente', en CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (ed) *La insostenible situación del Derecho penal* (Comares, Granada, 2000) pp. 523 y ss. Traducción realizada por Elena Íñigo Corroza, Nuria Pastor Muñoz y Ramón Ragués i Vallès.

<sup>996</sup> STS 289/2010, de 19 de abril [RJ 2010/5043], FD 7. En el mismo sentido, STS 1705/2001, de 29 de septiembre [RJ 2001/8515], FD 1.

Veamos a continuación, con más detenimiento, cada una de estas tendencias<sup>997</sup>:

### **La concepción antropocéntrica:**

Está inspirada en la teoría monista-personalista de los bienes jurídicos, que tiene como principal representante a Hassemer. Dentro de la concepción antropocéntrica, a su vez, podemos distinguir entre la óptica moderada y la estricta o radical.

La concepción antropocéntrica **moderada** surge, como he dicho anteriormente, con la tesis monista-personalista. Los autores más representativos de esta tendencia son el mencionado Hassemer, Silva Sánchez y De la Cuesta Aguado. Hassemer<sup>998</sup> explica que para las teorías monistas el bien jurídico sólo puede concebirse o desde el punto de vista del Estado o desde el punto de vista de la persona y ambas concepciones son excluyentes entre sí. Si se concibe el bien jurídico desde el punto de vista del Estado, los bienes jurídicos individuales son considerados simples atribuciones jurídicas derivadas de las funciones del Estado. Si el bien jurídico es concebido desde el punto de vista de la persona, se concluye que los bienes jurídicos universales sólo son legítimos en cuanto sirvan al desarrollo personal del individuo. Sostiene Hassemer que sólo es posible reconocer legítimamente a los intereses generales en la medida en que afecten a los intereses individuales, de manera que los bienes jurídicos de la comunidad sólo se pueden reconocer si son también intereses de la persona, aunque sea de manera mediata. Y pone, entre otros, el ejemplo precisamente del medio ambiente en el caso del delito ecológico, definiéndolo como “el conjunto de las condiciones vitales de las personas y no como la pureza del agua o del aire como tales”. Mantiene este autor que si se reconoce al Estado o al medio ambiente como bienes jurídicos independientes de las

---

<sup>997</sup> De los numerosos autores que acometen el estudio de estas concepciones, creo que el método seguido por Alastuey Dobón en ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> CARMEN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, (Comares, Granada, 2004) p. 15 y ss. es el más claro y sistemático, por lo que me he tomado la licencia de abordar esta explicación siguiendo dicho esquema que diferencia entre orientaciones antropocéntricas y ecocéntricas, y dentro de cada una de ellas en vertientes moderadas y estrictas.

<sup>998</sup> HASSEMER, WINFRIED & MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1989) p. 108 y ss.



personas, deberán situarse -al menos- al mismo nivel que los bienes individuales. Por otro lado, desde el punto de vista de la teoría personalista del bien jurídico, los delitos contra el medio ambiente deberán ser considerados como delitos de peligro y no de lesión, mientras que si se defiende el carácter autónomo del medio ambiente como bien jurídico propio, dichos delitos serán concebidos como delitos de lesión. No se niega la existencia de bienes jurídicos colectivos (“universales” en la terminología empleada por el autor) ya que la persona es un ser social, pero se explican siempre en tanto en cuanto sirvan al individuo.

Por su parte, Silva Sánchez, aunque reconoce que la mayoría de la doctrina admite la configuración de los delitos ambientales como protectores del ser humano como género, incluso referido a las generaciones futuras y no de las personas individuales actuales<sup>999</sup>, defiende la orientación antropocéntrica moderada, al declarar que “sólo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización (que obviamente tiene lugar en la vida social); determinados objetos se convierten en bienes jurídicos, por tanto, en la medida en que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en la sociedad”<sup>1000</sup>. Y, más actualmente, señala que “afirmar que la razón de ser de la criminalización de ciertas infracciones medioambientales se fundamenta en una dimensión claramente antropocéntrica, no impide sostener, a su vez, la autonomía del medio ambiente como bien jurídico-penal supraindividual diferenciado de bienes jurídicos personales como la vida o la integridad física de las personas”<sup>1001</sup>. Reitera la idea defendida por Hassemer de que debe existir una relación de los bienes jurídicos con el individuo, aunque sea de manera indirecta, al señalar que “la condición de bien jurídico no requiere una afectación directa del individuo, sino que ésta puede ser también indirecta”<sup>1002</sup> y que “para que pueda afirmarse la relevancia jurídica de una conducta que afecta al medio

---

<sup>999</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, '¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal', *La ley*, Tomo 3 (1997). p. 1715.

<sup>1000</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, (J.M. Bosch, Barcelona, 1992) p. 271.

<sup>1001</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, (Colección Justicia Penal. Atelier, Barcelona, 2012) p. 26.

<sup>1002</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., ampliada y actualizada, (J.M. Bosch, Barcelona, 2010) p. 433.

ambiente será necesario poder afirmar que aquella misma afectación, aunque no sea de manera directa, incide o puede incidir en el desarrollo (presente o futuro) de las personas”<sup>1003</sup>. Tampoco niega este autor la existencia de bienes jurídicos colectivos ni de que merezcan protección penal, pues dice que “(...) no excluye la protección penal de los denominados “bienes supraindividuales”, en la medida en que ellos también constituyen medios importantes para la autorrealización social del individuo”. Y, por último, al igual que el autor anterior, Silva entiende que los delitos contra el medio ambiente deben ser configurados como delitos de peligro, pues según él, “el mínimo necesario para la intervención penal, esto es, la puesta en peligro grave del medio ambiente (en términos de peligro concreto o de peligro abstracto, entendido como peligrosidad de la conducta) difícilmente puede desconectarse de la existencia de una peligrosidad, apreciable en la propia conducta, para la vida y salud de las personas. (...) Tal corrección no pretendería, en principio, llegar tan lejos como para convertir los delitos contra el medio ambiente en meros delitos contra la vida y salud de las personas. (...) tampoco se incluirían en el ámbito de lo típico aquellos supuestos en que la afectación del medio ambiente tan sólo repercutiría sobre las condiciones de vida de generaciones futuras. Pues, en la medida en que tal afectación, desde la perspectiva actual, no puede constituir sino una presunción, se desbordarían, a mi juicio, los límites de la intervención jurídico-penal”<sup>1004</sup>.

También De la Cuesta Aguado confiesa abiertamente su adscripción a esta teoría, al reconocer: “Soy partidaria de un concepto personalista y monista de bien jurídico, en el sentido de que su fin último es la protección de intereses individuales” o que “si bien, desde mi punto de vista calificarlo [al medio ambiente] como antropocéntrico es reiterativo, pues todos los bienes jurídicos lo son en la medida en que van referidos al hombre y a la ordenación de su vida en sociedad”<sup>1005</sup>. También, como los anteriores autores, afirma la posibilidad de reconocimiento penal de los bienes supraindividuales, al proseguir: “Ello no implica que el bien jurídico universal o macrosocial no tenga

---

<sup>1003</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, (Colección Justicia Penal. Atelier, Barcelona, 2012) p. 27.

<sup>1004</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, '¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal', *La ley*, Tomo 3 (1997). p. 1716.

<sup>1005</sup> DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) p. 65.

carácter autónomo, sino que su creación sólo está justificada desde esta perspectiva personal que, además, dotará de contenido material el concepto de bien jurídico”<sup>1006</sup>. Igualmente, para esta autora, estos son delitos de peligro, ya que “si el medio ambiente es un bien jurídico protegido (...) lo es en la medida en que su destrucción puede afectar gravemente a la propia supervivencia del ser humano, por lo que, en última instancia, es una protección adelantada de la vida y salud de las personas”<sup>1007</sup>.

Defiende, asimismo, esta postura Vercher Noguera, quien estima que “el último objetivo de esa protección [del Derecho penal del medio ambiente] es la paz social, y por ende y en última instancia, el propio ser humano”<sup>1008</sup>. Acude este autor a la jurisprudencia para apoyar su postura y, pone como ejemplo la primera sentencia en la que nuestro Alto Tribunal analizaba los delitos contra el medio ambiente. Efectivamente, en su sentencia 1638/1994 de 26 de septiembre (RJ 1994\7194), la Sala II mantiene que la jurisprudencia y “*la doctrina mayoritaria (...) optan por un concepto de «medio ambiente moderadamente antropocéntrico», en cuanto primordialmente se adecua al «desarrollo de la persona» y se relaciona con la «calidad de vida» a través de la «utilización racional de «todos» los recursos naturales» -agua, aire y suelo, no sólo aisladamente considerados, sino en su conjunto, formando así el «ecosistema»- y se añade como parte integrante del mismo la defensa y restauración del medioambiente*”.

Parece ser también ésta la opción que adoptó Rodríguez Devesa, quien consideraba que “pertenecen al medio ambiente, (...), todos aquellos elementos naturales cuya conservación o restauración es indispensable para la supervivencia del ser humano”<sup>1009</sup>.

---

<sup>1006</sup> DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) p. 18, nota 20.

<sup>1007</sup> DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) p. 19, nota 21.

<sup>1008</sup> VERCHER NOGUERA, ANTONIO, et al., *Responsabilidad ambiental penal, civil y administrativa*, (Ecoiuris, Madrid, 2003) p. 23.

<sup>1009</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA & SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., (Dykinson, Madrid, 1995) p. 1105..

Fernández Rodríguez afirma que, sin restar importancia al propio ambiente, la referencia obligada es la salud pública: “la referencia a la salud pública es inevitable, habida cuenta que el interés que la comunidad manifiesta por la tutela del medio ambiente nace, precisamente, de su preocupación por disfrutar de su derecho a unas condiciones genéricas de salubridad. Tan íntima relación no implica que se identifiquen ambos bienes jurídicos porque si bien es cierto que la protección del medio ambiente nace de esa preocupación por la salud colectiva, no lo es menos que en la sociedad actual el medio ambiente por sí mismo, más que un derecho, ha devenido un sentimiento”<sup>1010</sup>.

Por último, Peris Riera indica que el antropocentrismo que, según algunos autores, es la opción acogida por la Constitución, “debe ser entendido en un sentido moderado y nunca estricto, ya que el medio ambiente, en sí, también constituye un elemento teleológico de la norma al afirmarse que, uno de los fines de la utilización racional de todos los recursos naturales, es el de defender y restaurar el medio ambiente”<sup>1011</sup>.

La concepción antropocéntrica **radical** va un paso más allá y defiende que, cuando se protege (penalmente) al medio ambiente, en realidad no se está protegiendo al medio ambiente sino sólo, única y exclusivamente a la vida y la salud humanas. Esta concepción fue abandonada por la doctrina, que la consideró demasiado estricta. Según expone Alastuey Dobón<sup>1012</sup>, hoy día sólo es defendida por Hohmann (discípulo de Hassemer), para quien todo es reconducible a la protección de la vida y la salud, pues no sólo se agreden esos bienes jurídicos con el homicidio o las lesiones, sino que también pueden resultar heridos a través de la contaminación. Por tanto, para él, el medio

---

<sup>1010</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup> DOLORES, 'El delito ecológico y la salud pública', *Estudios penales y criminológicos*, vol. 4 (2012). pp. 72-73.

<sup>1011</sup> PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, *Delitos contra el medio ambiente*, (Universidad de Valencia, Valencia, 1984) pp. 25-26.

<sup>1012</sup> ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> CARMEN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, (Comares, Granada, 2004) p. 18. También en SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, (Colección Justicia Penal. Atelier, Barcelona, 2012) p. 27, nota 31. También en ESCAJEDO SAN EPIFANIO, LEIRE, *El medio ambiente en la crisis del Estado social: su protección simbólica*, (Comares, Granada, 2006) pp. 317-318.

ambiente no es un bien jurídico *per se* sino sólo un instrumento a través del cual puede atentarse contra el bien jurídico *vida* o el bien jurídico *salud*. En España, Martínez-Buján, siguiendo a Hormázabal, también defiende que “el fundamento de la intervención penal debe residir en la idea de tutelar la vida y la salud de las personas, en virtud de lo cual el medio ambiente se protege, en principio, en la medida en que se halla al servicio del hombre. Cabría hablar, pues, de un medio ambiente *propicio para la vida* como bien jurídico penal”<sup>1013</sup>.

Se acerca mucho a este pensamiento Alcácer Guirao, quien mantiene que “podemos asumir una tesis de partida: la naturaleza no tiene derechos ni, por tanto, tenemos nosotros deberes hacia la naturaleza. Expresado en otros términos: no cabe una fundamentación biocéntrica o ecocéntrica del medio ambiente como bien jurídico penal, sino sólo fundamentación antropocéntrica. (...) Existe, por el contrario, un acuerdo generalizado, tanto en Derecho penal como en la filosofía moral y política, en que el medio ambiente no se protege por sí mismo, sino en aras del mantenimiento de las condiciones de supervivencia de los hombres, ya de nuestros contemporáneos, ya, según algunas versiones, de las generaciones venideras. No hay, en suma, “derechos del medio ambiente”, ni, en rigor, tenemos “deberes hacia el medio ambiente”, sino que esos deberes vienen dados con relación a los derechos de los demás ciudadanos a unas condiciones tolerables de vida”<sup>1014</sup>.

La **objeción** que se le hace a la **concepción antropocéntrica** es que menosprecia el valor del medio ambiente como bien jurídico. Si, como hemos visto antes, los bienes jurídicos se caracterizan por ser intereses vitales para el individuo y la sociedad, por ser valores fundamentales para la existencia humana, es claro que el medio ambiente es uno de ellos en cuanto que sin él ni la existencia ni la convivencia serían posibles.

Así lo reconoce Jorge Barreiro, para quien esta postura “no se corresponde con

---

<sup>1013</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 'Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente', en TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN (ed) *Derecho penal. Parte especial* (Tirant lo blanch, Valencia, 2008) p. 550.

<sup>1014</sup> ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL, 'Protección del futuro y daños cumulativos', *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 4-8 (2002).

el actual reconocimiento de valor esencial que se le atribuye al medio ambiente en la política criminal contemporánea y en el modelo de sociedad de riesgo, así como ignora la realidad de las graves amenazas que en la sociedad postindustrial supone el uso abusivo de los recursos naturales, que ponen en serio peligro no sólo los intereses vitales de las generaciones actuales, sino también de las generaciones futuras; (...) condicionar la tutela penal del medio ambiente a la afectación indirecta de los bienes jurídicos clásicos, conduciría a que el Derecho penal ambiental termine siendo irrelevante en la práctica”. Además, como reconoce este autor, si se devalúa la importancia del medio ambiente habría que renunciar al Derecho penal como garante del mismo, lo que supondría “renunciar a la pena, que es la sanción más grave y contundente que nuestro Derecho conoce, allí donde están en juego no sólo intereses vitales de cada individuo sino de la humanidad en su conjunto”<sup>1015</sup>.

De forma muy contundente se expresa Rodas Monsalve, que llega a tildar esta postura de “visión individualista, egoísta y mecanicista de las relaciones del hombre en sociedad y de éste con la naturaleza”, y continúa afirmando que “esta posición no es admisible pues equivale, en la práctica, a vaciar a estos bienes de cualquier contenido trascendente para el Derecho penal, desconociendo la relevancia constitucional y social que ha adquirido en la actualidad”<sup>1016</sup>.

Alastuey Dobón, por su parte, no ve mal la consideración de los bienes supraindividuales como legítimos en tanto en cuanto sirvan al individuo, pues es claro que los bienes jurídicos se encuentran precisamente al servicio de la persona y que la vinculación bien jurídico-individuo está sobradamente reconocida en la doctrina, pero no por ello cabe afirmar que los bienes jurídicos colectivos dependan de los individuales. Para esta autora, “que la protección de los bienes jurídicos universales tenga sentido sólo en la medida en que se les considere condiciones esenciales (...) para el uso y disfrute personal de los bienes jurídicos individuales, no implica que *cada* bien jurídico supraindividual haya de conectarse con *determinados* bienes jurídicos individuales y que esa conexión haya de manifestarse de un modo expreso en la estructura de los tipos

---

<sup>1015</sup> JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, 'El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español* (Comares, Granada, 2005) p. 42.

<sup>1016</sup> RODAS MONSALVE, JULIO CÉSAR, *Protección penal y medio ambiente*, (PPU, Barcelona, 1993) p. 87.

que los protegen”<sup>1017</sup>. Además, “no cabe duda de que algunos de los bienes jurídicos colectivos, en particular el medio ambiente, presentan un elevado valor de uso, mayor incluso que algunos bienes jurídicos individuales, que deberán ceder ante ellos”<sup>1018</sup>, por lo que si bien es cierto que todos los bienes jurídicos se relacionan con el individuo no lo es que los bienes jurídicos colectivos dependan de los individuales, sino que gozan de plena autonomía respecto de aquellos.

### La concepción ecocéntrica

Sostiene la autonomía del bien jurídico medio ambiente con respecto a los bienes jurídicos individuales. Dentro de ella encontramos también dos vertientes, una radical y otra moderada.

Para la concepción ecocéntrica **radical** no hay que buscar ninguna relación con el individuo, porque el bien jurídico medio ambiente se protege por sí mismo y no porque sea un valor fundamental para la existencia y desarrollo de la vida humana. Esta teoría ha encontrado muy pocos partidarios en la doctrina penal<sup>1019</sup>. En realidad, las **críticas** hacia ella son numerosas. En primer lugar, porque aborda un concepto de bien jurídico tan amplio e indeterminado<sup>1020</sup> que podría dar lugar a una intervención indiscriminada del Derecho penal, incluso ante conductas de bagatela<sup>1021</sup>. En segundo lugar, porque lo defendible en Derecho penal está definido por las personas que forman la colectividad. En efecto, la naturaleza no tiene capacidad para legislar, para formular derechos, es el hombre el que proyecta lo que él piensa que deben ser los derechos de la naturaleza o, dicho con otras palabras, “la naturaleza no tiene derechos ni, por tanto,

---

<sup>1017</sup> ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> CARMEN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, (Comares, Granada, 2004) p. 27.

<sup>1018</sup> ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> CARMEN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, (Comares, Granada, 2004) p. 32.

<sup>1019</sup> Fundamentalmente en la doctrina alemana; *vid.*, sobre ello, ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> CARMEN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, (Comares, Granada, 2004) p. 33, nota 112.

<sup>1020</sup> JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, 'El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español* (Comares, Granada, 2005) p. 41.

<sup>1021</sup> RODAS MONSALVE, JULIO CÉSAR, *Protección penal y medio ambiente*, (PPU, Barcelona, 1993) p. 91.

tenemos nosotros deberes hacia la naturaleza”<sup>1022</sup>. Y, en tercer lugar, porque si se prescinde de cualquier referencia al ser humano al forjar el bien jurídico medio ambiente, en realidad no lo estaríamos haciendo desde un punto de vista jurídico sino meramente ecológico<sup>1023</sup>.

La concepción ecocéntrica **moderada**, ecoantropocéntrica, ecológico-antropocéntrica o ecocéntrico-antropocéntrica, que de todas esas maneras ha sido denominada, es la adoptada por la mayoría de la doctrina. Para esta concepción, el Derecho penal ha de proteger al medio ambiente en cuanto que los ataques al mismo menoscaban los intereses vitales de las personas, ya sea de las generaciones actuales o de las futuras. Trata de aunar ambas concepciones, antropocéntrica y ecocéntrica, al reclamar, para justificar la intervención penal, que exista una vinculación entre el bien jurídico medio ambiente y el interés de la persona, pero que también se reconozca una protección independiente del medio ambiente natural. Es decir, que el medio ambiente debe ser considerado un bien jurídico autónomo digno de protección, pero no por sí mismo, sino por su función esencial para la vida del ser humano, entendido éste como género, incluidas las generaciones futuras.

Conde-Pumpido sostiene, a este respecto, que “el medio ambiente se protege penalmente por sí mismo, como bien jurídico nuevo, con entidad propia, y no en función del daño que su perturbación ocasione a otros valores como la vida humana, la salud pública o individual, (...) que son bienes jurídicos ya protegidos tradicionalmente por el Derecho penal”<sup>1024</sup>.

Alastuey Dobón<sup>1025</sup> defiende esta postura, además de porque entiende que los bienes colectivos son legítimos en tanto sirvan al ser humano, porque para ella la

---

<sup>1022</sup> ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL, 'Protección del futuro y daños cumulativos', *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 4-8 (2002).

<sup>1023</sup> ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> CARMEN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, (Comares, Granada, 2004) p. 35.

<sup>1024</sup> CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, 'La tutela del medio ambiente. Análisis de sus novedades más relevantes', *La ley*, Tomo 2 (1996). p. 1550.

<sup>1025</sup> ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> CARMEN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, (Comares, Granada, 2004) pp. 38 y 39.



autonomía del bien jurídico medio ambiente es mayor que la de otros bienes colectivos, ya que el medio ambiente no es sólo un bien jurídico interpretable en sentido negativo, es decir, un bien con una función de “contención de riesgos” y, por tanto, al que hay que proteger sólo para evitar esos riesgos a los bienes jurídicos individuales, sino que además tiene un sentido positivo y fundamental, ya que su protección es necesaria también para posibilitar “el ejercicio libre de los bienes jurídicos a los que complementa”, de tal suerte que es un “pilar básico para el uso y disfrute de todos los bienes jurídicos”. Pero no sólo eso, sino que además trasciende a las generaciones actuales para ejercer su función positiva.

También defiende esta teoría Jorge Barreiro, al manifestar que “esta concepción, ecocéntrica moderada, de reconocimiento del medio ambiente como bien jurídico supraindividual autónomo y cuya tutela penal directa no ha de depender de la afectación de la vida o de la salud humanas, es (...) la tesis más adecuada”<sup>1026</sup>.

Las **críticas** que se han formulado a esta teoría son la falta de precisión del concepto medio ambiente, la carencia de criterios materiales para acotar las agresiones medioambientales significativas para el Ordenamiento penal y la escasa relevancia práctica del bien jurídico medio ambiente<sup>1027</sup>.

Opino, al igual que la doctrina mayoritaria, que ésta es la postura adecuada, porque creo que todos los bienes jurídicos se reconducen de manera directa o indirecta al interés del individuo, por cuanto los ordenamientos jurídicos han sido creados por los seres humanos para regular su convivencia en sociedad, de forma que cualquier norma va dirigida a satisfacer esas necesidades. Y el medio ambiente no escapa a esta consideración: la contaminación atmosférica puede afectar a la salud ocasionando alergias, trastornos respiratorios e incluso, en supuestos especialmente graves, deformidades y muerte; con la contaminación de las aguas ocurre lo mismo, y aunque no acarree la muerte del ser humano, si supone la destrucción de vida acuática que,

---

<sup>1026</sup> JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, 'El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español* (Comares, Granada, 2005) p. 45.

<sup>1027</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Delitos contra el medio ambiente*, (Tirant lo blanch "Colección delitos" nº 24, Valencia, 1999) p. 17.

por ejemplo, nos sirve de alimento, también estaría dañándonos; si destruimos o alteramos la flora estamos alterando el ciclo natural y eso puede repercutir en más sequía, alimentos insuficientes, etc... Es decir, protegiendo al medio ambiente, nos protegemos a nosotros. Por otro lado, es de todo punto imposible entender que el medio ambiente natural es tan autosuficiente y autónomo como para regularse y protegerse por sí mismo, pues tal constituye una fantasía. Pero también considero que el bien jurídico medio ambiente tiene tal entidad, valor e importancia que merece una protección jurídica determinada e independiente. No depende para su existencia de la salud y la vida; éstos ya son bienes suficientemente protegidos desde siempre. El medio ambiente es un bien jurídico “nuevo” que entró de puntillas y ahora pisa fuerte por la concienciación general de la necesidad que *todos* tenemos de él. Y entrecomillo “nuevo”, porque en realidad no es nuevo, sólo es nuevo en la regulación jurídica. El bien ambiente, el entorno natural, los recursos, la flora, la fauna, la relación del hombre con ellos... son tanto o más antiguos que el hombre mismo, pero no ha hecho falta proteger jurídicamente antes el medio ambiente porque no ha sido hasta hace poco cuando está siendo atacado de tal manera que puede sufrir un deterioro tan considerable que nos afecte no sólo hoy, sino también en el futuro (lo que reafirma la importancia del bien jurídico medio ambiente, que trasciende la actualidad para ir hacia el futuro). El Derecho penal no ha tenido que “ser llamado” a protegerlo antes porque antes no había sido atacado seriamente. Una de las características del Derecho penal es que va adaptándose a las nuevas necesidades que se van creando por el desarrollo social y tecnológico. Normalmente, el Derecho penal va un “paso por detrás”, penalizando las conductas conforme éstas se van manifestando, pues no tiene sentido castigar lo que no ocurre o todavía no existe (piénsese, por ejemplo, no hace tantos años en los delitos contra la manipulación genética). No creo que los legisladores del siglo XIX siquiera pudieran imaginar que algún día tendrían que regular algo así. Pero que el Derecho penal no haya tenido necesidad de entrar en acción antes, no significa que el medio ambiente sea un bien mediocre, sin importancia o dependiente de otros bienes; significa que antes no ha hecho falta protegerlo, porque se pensaba que los recursos naturales eran ilimitados y la naturaleza podría resistir holgadamente el ataque del hombre y la industria. Hoy día se sabe que no es así: el medio ambiente es un bien escaso, lo que supone un aumento de su valor y de la necesidad de protección. Es decir, significa que es un bien con envergadura suficiente para ser considerado autónomo.

Está claro que existe una conexión entre ser humano y medio ambiente, pero esto no debe llevar a pensar que el medio ambiente sólo debe ser protegido cuando los ataques al mismo afecten exclusivamente a la salud y vida humanas, pues hay ataques que producen lesiones en el medio ambiente que no nos afectan ni a la salud ni a la vida, pero que merecen ser castigados por cuanto el medio ambiente constituye el pilar de nuestra existencia y todos tenemos derecho a disfrutar de él sin menoscabos<sup>1028</sup>.

Por otro lado, los detractores de considerar al medio ambiente como un bien autónomo, se basan en la consideración de que los bienes jurídicos colectivos existen, pero sólo en relación de subordinación con respecto a los bienes jurídicos individuales. Los bienes supraindividuales se caracterizan porque son patrimonio de todos y cada uno de los individuos, y por tanto, al protegerlos, estamos defendiendo también a los bienes individuales, en cuanto que éstos se relacionan con la persona. Pero ello no significa que el bien colectivo esté supeditado al individual, pues se conectan, pero no necesariamente en grado de subordinación. En concreto, al defender el medio ambiente, que es un bien supraindividual, también estamos protegiendo a la persona, pero esto no implica que, por el hecho de ser un bien colectivo, tenga que ser de menor categoría o tener menor importancia que cualquier bien jurídico individual, pues el medio ambiente no es algo baladí, es fundamento indispensable para la realización de las personas, y más aún, para la necesaria existencia de las generaciones actuales y de las futuras. Es más, sin necesidad de tener que pensar en el futuro, ya actualmente, que el medio ambiente es un bien de gran importancia, se ve en que no es sólo trascendental para un Ordenamiento concreto, sino que su protección es una preocupación que traspasa fronteras e interesa en todo el planeta, pues todos, la humanidad entera, necesitamos de él. Por tanto, considerarlo en una relación de subordinación o dependencia de otros bienes jurídicos sería menospreciarlo y no reconocer su elevado rango dentro de la

---

<sup>1028</sup> Resulta clarificante el ejemplo que cita Jorge Barreiro expuesto por el profesor de la Universidad de Coimbra, Dr. Figueiredo: “si una descarga de petróleo en el mar provoca la muerte de millares de aves marinas y lleva, incluso, a la extinción de alguna especie rara, también ahí se verifica la lesión de un bien jurídico ecológico merecedor y necesitado de tutela penal, aunque tales aves sean absolutamente inutilizables –por ejemplo, para fines alimentarios- por parte del hombre” [JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, 'El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español* (Comares, Granada, 2005) p. 45.

jerarquía de los bienes jurídicos.

Por las anteriores razones, defendiendo el criterio ecoantropocéntrico.

#### ***3.4.4.4. Referencia a la elección de una concepción antropocéntrica o ecocéntrica en el Derecho comparado: España, Francia, Alemania, Italia y Portugal***

En España, desde mi punto de vista, la Constitución parece decantarse por una concepción ecoantropocéntrica<sup>1029</sup>. En primer lugar, la vertiente antropocéntrica queda claramente plasmada al reconocer en el nº 1 de su art. 45, el derecho de todos a “*disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona*” y, en segundo lugar, la vertiente ecocéntrica, se puede vislumbrar en el nº 2 del mencionado artículo, que encomienda a los poderes públicos velar “*por la utilización racional de todos los recursos naturales*”, con la finalidad de “*(...) defender y restaurar el medio ambiente*”. En cuanto al Código penal, también parece acogerse el legislador a esta corriente ecoantropocéntrica, al castigar, con claro carácter ecocéntrico, en la primera parte del art. 325, la realización de una serie de conductas siempre que “*puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales*”. Añadiendo un párrafo que sustenta a la corriente antropocéntrica al agravar la pena de las citadas conductas “*si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas*”. El Tribunal Supremo, acoge la concepción ecoantropocéntrica en su STS 152/2012, de 2 de marzo [RJ 2012/3669], al manifestar en su FD 6 que “*para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el art. 325 del CP habrá que acudir, a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro*. En el mismo sentido se muestra la STS 849/2004, de 30 de junio, [RJ 2004/5085] al considerar que “*Para encontrar el tipo medio de la gravedad a que se refiere el art. 325 del Código Penal habrá que acudir a la medida en que son puestos*

---

<sup>1029</sup> En contra de esta opinión SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA & MONTANER FERNÁNDEZ, RAQUEL, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, (Atelier, Barcelona, 2012) p. 25.

*en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen, por lo tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro”*<sup>1030</sup>. No obstante, en otra sentencia de ese mismo año, parece adscribirse a la concepción ecocéntrica del art. 325 Cp, en concreto en la STS de 8 de noviembre de 2004, cuando, al resolver sobre un delito de vertidos, dispone que *“lo primero que debemos señalar es que este delito no es un delito contra las personas, sino contra el medio ambiente, por lo que no es necesario un peligro concreto de las personas, la vida animal, los bosques o los espacios naturales. Lo que el tipo requiere es, por lo tanto, una grave alteración de las condiciones de existencia y desarrollo de tales objetos de protección. No es necesario que la gravedad del ataque al medio ambiente ponga en peligro real especies animales o vegetales, personas o espacios naturales”*<sup>1031</sup>.

En Francia, su legislación parece optar por la vertiente antropocéntrica moderada. En efecto, el art. L110-1 del Código del medio ambiente parecer acoger una concepción claramente antropocéntrica, al establecer que el objetivo de su protección es *“satisfacer las necesidades de desarrollo y la salud de las generaciones presentes sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las suyas”*<sup>1032</sup>. No encontramos una referencia clara en el Código penal francés, el cual se limita a mencionar en su art. 410-1, como uno de los elementos fundamentales de la nación, “el

---

<sup>1030</sup> En el mismo sentido, SSTS 289/2010, de 19 de abril [RJ 2010/5043], FD 7; 81/2008, de 13 de febrero [RJ 2008/2973], FD 19; 916/2008, de 30 de diciembre [RJ 2009/1380], FD 2; 96/2002, de 30 enero [RJ 2002/3065], FD 3.

<sup>1031</sup> STS nº 1242, de 8 de noviembre de 2004 [RJ 2004/7711], FD 2. En sentencias anteriores, aunque sostiene que *“opta por un concepto moderadamente antropocéntrico”*, no obstante, de la lectura de sus palabras se deduce una orientación ecoantropocéntrica pues habla de concepto de medio ambiente *“en cuanto primariamente se adecua al «desarrollo de la persona» y se relaciona con la «calidad de vida» a través de la «utilización racional de «todos» los recursos naturales» -agua, aire y suelo, no sólo aisladamente considerados, sino en su conjunto, formando así el «ecosistema”*. También: SSTS 1638/1994, de 26 de septiembre [RJ 1994/7194], FD 1, 538/1992, de 11 marzo [RJ 1992/4319], FD 3 y 1828/2002, de 25 de octubre [RJ 2002/10461], FD 1.

<sup>1032</sup> Art. L110-1, II del Code de l'environnement (modificado por el art. 132 de la Ley nº 2002-276 de 27 de febrero de 2002).

equilibrio de su medio natural y su medio ambiente”<sup>1033</sup>, sin desarrollarlo después en ningún artículo. Únicamente, el art. 421-2 castiga los ataques al medio ambiente dentro del capítulo dedicado al terrorismo, considerando como tal la introducción de sustancias en la atmósfera, suelo, subsuelo, alimentos y agua -incluido el mar territorial- que puedan poner en peligro la salud del hombre, los animales o el medio natural<sup>1034</sup>. Sin hacer referencia a una u otra concepción del medio ambiente, critica Jaworski tan magra legislación penal de este bien jurídico, señalando que “el legislador penal no ha llenado, en esta área, su doble papel, por un lado, de afirmación positiva de los valores sociales esenciales y, por otro, sobre todo, de reprobación de su transgresión”<sup>1035</sup>.

En Alemania, los párrafos 324 y ss de su Código penal, dan a entender que su legislador apoya una postura ecoantropocéntrica, ya que, aunque en un principio, y por como está estructurada la punición de las conductas atentatorias del medio ambiente, pudiera parecer que estamos en presencia de una opción ecocéntrica, al ir referidas las penas a conductas atentatorias contra las aguas, el aire, el suelo, las espacios protegidos..., no es menos cierto, que en casi todos los artículos se hace mención a que

---

<sup>1033</sup> Art. 410-1 Code pénal français: “*Les intérêts fondamentaux de la nation s'entendent au sens du présent titre (...) de l'équilibre de son milieu naturel et de son environnement*”.

<sup>1034</sup> Art. 421-2 Code pénal français: “*Constitue également un acte de terrorisme, lorsqu'il est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, le fait d'introduire dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol, dans les aliments ou les composants alimentaires ou dans les eaux, y compris celles de la mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel*”.

<sup>1035</sup> “*En toute logique, le Code pénal français devrait contenir des infractions écologiques, qui seraient la reconnaissance de cette dimension éthique de l'environnement. Le mouvement avait d'ailleurs été lancé dès 1977, à l'aune d'une recommandation du Conseil de l'Europe selon laquelle l'environnement en tant que valeur sociale essentielle doit être protégé par le droit pénal de chaque État. Dans cette optique, il était souhaitable d'introduire dans le Code pénal français des délits d'atteinte à l'environnement. La réécriture d'un nouveau code, commencée en 1992, en constituait l'occasion rêvée. Et, de fait, la Commission de réforme du Code pénal avait prévu d'intégrer un livre entier réservé aux infractions contre l'environnement. (...) Le législateur pénal n'a pas rempli, dans ce domaine, son double rôle, d'une part, d'affirmation positive de valeurs sociales essentielles et, d'autre part, surtout, de réprobation de leur transgression*” JAWORSKI, VERONIQUE, 'L'état du droit pénal de l'environnement français: entre forces et faiblesses', *Les cahiers du droit*, Vol. 50, n° 3-4 (septembre - décembre 2009). pp. 901 y 902

esa conducta “*sea apropiada para perjudicar la salud de otro*”<sup>1036</sup>. Y digo “casi todos” porque el primero de los artículos dedicados a la protección del ambiente, el §324, referente a la contaminación de las aguas, no hace mención alguna al elemento humano<sup>1037</sup>. No obstante, a pesar de esto último, el §330, que recoge las conductas agravadas, incluye en su número (2) una agravante aplicable a *todos* los parágrafos anteriores a quien dolosamente “*lleve a otra persona al peligro de muerte o a un grave perjuicio de salud o a un gran número de personas al peligro de un perjuicio de salud, o cause la muerte de otra persona*”, es decir, se introduce la referencia al elemento antropocéntrico en todas las conductas.

La Constitución portuguesa de 1976, en su artículo 66, titulado “*Del ambiente y la calidad de vida*”, parece acoger también una concepción ecoantropocéntrica. Antropocéntrica, al hablar, en su número 1, del derecho a un “*ambiente humano*”. Ecocéntrica, al continuar “*de vida, saludable y ecológicamente equilibrado*” y mencionar, en su número 2, “*c) crear y desarrollar reservas y parques naturales y de recreo, así como clasificar y proteger paisajes y lugares, de tal modo que se garantice la conservación de la naturaleza y la preservación de valores culturales de interés histórico o artístico*”; y “*d) promover el aprovechamiento racional de los recursos naturales, salvaguardando su capacidad de renovación y la estabilidad ecológica*”<sup>1038</sup>.

---

<sup>1036</sup> §324<sup>a</sup>.(1).1, §325.(1), §325<sup>a</sup>.(1), §326.(1), §328.(1).2, §328.(3), y 330.(2).

<sup>1037</sup> §324.(1): “*Quien ilícitamente contamine aguas o de otra manera cambie sus características desventajosamente, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa*”. Tampoco hacen referencia a la vida o salud de las personas, con claro carácter ecocéntrico, los parágrafos 324 (agua), 327 (referente a criterios administrativos) y 329 (espacios protegidos).

<sup>1038</sup> *Constituição da República Portuguesa (1976): Artigo 66º Ambiente e qualidade de vida. 1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. 2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem; c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações; e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações*

En cuanto a la tutela penal, de una lectura de los arts. 278 a 281, se puede deducir también una opción por la vertiente ecoantropocéntrica, al penar conductas atentatorias del medio ambiente y establecer una agravación de la condena en el art. 280 (contaminación con peligro común) para quien, mediante alguna de las conductas descrita en el artículo anterior (dedicado a la contaminación) “*creare peligro para la vida o para la integridad física de otro*”<sup>1039</sup>. De acuerdo con esta consideración se muestra Kemprel Valera, quien considera que lo que el Derecho penal debe proteger no es el ambiente como valor absoluto sino una calidad del ambiente que permita la calidad de vida del ser humano<sup>1040</sup>.

Por último, Italia, cuyo Código penal sólo dedica los arts. 727-bis y 733-bis al medio ambiente, no incluye en ninguno de los dos ninguna referencia al hombre, centrándose únicamente en castigar las conductas consistentes en matar, destruir, capturar, retirar o detener ejemplares de especies animales o vegetales selváticos protegidos (art. 727-bis) y la destrucción o deterioro del hábitat dentro de un área protegida (art. 733-bis). Sin embargo, a tenor del Decreto Legislativo nº 152, de 3 de abril de 2006, modificado por el Decreto Legislativo nº 128 de 29 de junio de 2010, podemos deducir la perspectiva ecoantropocéntrica que ha adoptado el legislador italiano, al establecer como objetivo primario la promoción del nivel de calidad de la

---

*e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas; f) Promover a integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial; g) Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente; h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida.*

<sup>1039</sup> Art. 280 Cp portugués: “*Quem, mediante uma conduta descrita no nº 1 do artigo anterior, criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem*”.

<sup>1040</sup> “Adoptamos uma posição intermédia, qual seja, a de um antropocentrismo moderado ou, como nas palavras de Souto Moura, um «antropocentrismo relativo» , uma vez que o meio ambiente não pode nem ser considerado um bem autónomo sem qualquer finalidade para o homem (32), assim como também não pode ser destinado a única e exclusivamente satisfazer os desejos dos homens. O Direito Ambiental possui uma visão antropocêntrica necessária, evidentemente, sendo certo que tem por objectivo satisfazer as necessidades humanas e a sadia qualidade de vida do homem, que, para ser concretizada, passa necessariamente pela preservação da natureza. (...) Dessa forma, «o bem jurídico que o direito penal protegerá será, não o ambiente enquanto valor absoluto, mas a qualidade do ambiente , dentro de certos parâmetros considerados adequados a permitir a vida do Homem com certa qualidade»”. KREMPEL VARELA, LUCIANA, 'As tutelas constitucional e penal do meio ambiente', *revista de Estudos Politécnicos*, Vol. VIII, nº 13 (2010). p. 84



vida humana a través de la salvaguarda y el mejoramiento de las condiciones del ambiente y la utilización racional de los recursos naturales<sup>1041</sup>.

Como hemos visto, la doctrina, jurisprudencia y legislación mayoritarias se decantan por una vertiente ecocéntrica moderada, desde la que el medio ambiente cobra importancia como bien jurídico autónomo, pero sin olvidar la referencia al ser humano, pues la conservación del medio ambiente redundaría en una mejor calidad de vida (humana) y desarrollo de la persona, tanto en el presente como para las generaciones futuras.

### **3.4.5. La configuración de los delitos contra el medio ambiente como delitos de peligro y la problemática de los delitos de peligro abstracto**

#### ***3.4.5.1. La sociedad del riesgo***

La sociedad actual está sufriendo profundos cambios, cambios que afectan globalmente al mundo en que vivimos, al medio ambiente y hasta a la esfera íntima de las personas. Tenemos que hacer frente a una sociedad cada vez más compleja, ya que asistimos a un escenario económico que cambia muy rápidamente y a un desarrollo técnico industrial de envergadura y sin parangón, que hacen que surjan nuevas fuentes de peligro antes inimaginables. El Derecho penal, que no puede permanecer ajeno a esta realidad, también se ve influido por todo ello y afronta una gran transformación en los últimos tiempos, tanto en los planteamientos político-criminales, como en la dogmática. Esta nueva sociedad ha sido denominada “sociedad del riesgo”<sup>1042</sup>, término acuñado por

---

<sup>1041</sup> Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152 Norme in materia ambientale, Art. 3.1.

<sup>1042</sup> Vid. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, 'Expansión del Derecho penal y límites constitucionales', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, et al. (eds) *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) p. 1655. SERRANO TÁRRAGA, M<sup>a</sup> DOLORES, et al., *Tutela penal ambiental*, (Dykinson, Madrid, 2009) p. 24. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M<sup>a</sup> ISABEL, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, (Secretariado de publicaciones e intercambio científico. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999) p. 36. DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, 'De la sociedad del riesgo a la seguridad

Beck, quien sostiene que “estamos viviendo un cambio de las bases de la vida (...). Las sacudidas desencadenadas de este modo conforman el reverso de la sociedad del riesgo”<sup>1043</sup> y que “somos testigos (sujeto y objeto) de una fractura *dentro* de la modernidad, la cual se desprende de los contornos de la sociedad industrial clásica y acuña una nueva figura, a la que aquí llamamos “sociedad (industrial) del riesgo”<sup>1044</sup>.

Se define a la sociedad del riesgo, siguiendo a Beck, como “una fase de desarrollo de la sociedad moderna en la que los riesgos sociales, políticos, económicos e individuales tienden cada vez más a escapar a las instituciones de control y protección de la sociedad industrial”<sup>1045</sup>. A partir de la obra de Beck se utiliza esta denominación para definir a las modernas sociedades industrializadas y tecnologizadas en extremo. Así la producción social de riqueza y la ganancia del progreso técnico-económico, se

---

ciudadana: un debate desenfocado', en *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson Civitas, Madrid, 2005) pp. 267 y ss. CEREZO MIR, JOSÉ, 'Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo', *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 10 (2002). p. 54.

<sup>1043</sup> BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 1ª ed., (Paidós. Surcos 25, Barcelona, 2006) p. 24. Traducción realizada por Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Mª Rosa Borrás.

<sup>1044</sup> BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 1ª ed., (Paidós. Surcos 25, Barcelona, 2006)

<sup>1045</sup> Y las características de esta sociedad del riesgo son: los riesgos causan daños sistemáticos a menudo irreversibles; el reparto e incremento de los riesgos sigue un proceso de desigualdad social; riesgo, negocio con doble causa; riesgo y oportunidades de mercado; hay un vacío político e institucional; los movimientos sociales son la nueva legitimación; las fuentes que daban significado colectivo a los ciudadanos están en proceso de “desencantamiento”; en las nuevas sociedades recae en el individuo un proceso de “individualización” a través de una desvinculación de las formas tradicionales de la sociedad industrial y una re-vinculación con otro tipo de modernización; las fuentes colectivas que dan significado a la sociedad se agotan y el individuo busca de forma independiente, una identidad en la nueva sociedad; “En situaciones de clase el ser determina la conciencia, mientras que en situaciones de riesgo es al revés, la conciencia determina el ser”; retorno de la incertidumbre; riesgo como reconocimiento de lo impredecible y de las amenazas de la sociedad industrial; en la sociedad reflexiva, la sociedad se convierte en un problema para sí misma; la sociedad reflexiva se convierte en un concepto post-industrial del cual no habían pensado los clásicos como Max Weber. GOVERNING UNCERTAINTIES, pág. web <http://governinguncertainties.org/risk-society/>. Visitada el día 18/02/2013.

acompañan de la producción social de riesgos<sup>1046</sup>.

Para Beck estamos entrando en una nueva era: al igual que en el s. XIX la modernización acabó con la sociedad agraria y elaboró la imagen de la nueva sociedad industrial, la modernización hoy disuelve los contornos de la sociedad industrial y emerge otro tipo de sociedad<sup>1047</sup>. Sitúa Beck el punto de inflexión para el surgimiento de esta nueva figura social tras la tragedia de Chernobil. Habla este autor de *los peligros de la era atómica*. Su poder es, precisamente, el del peligro que anula cualquier zona protegida, diferencia o frontera. Cualquier decisión ha de tomarse “bajo la guillotina de los efectos globales de la contaminación”. Una contaminación atómica peligrosa<sup>1048</sup>. Los riesgos pasan a formar parte de nuestra vida cotidiana y la adaptación a los nuevos tiempos pasa por organizarnos en torno a ellos<sup>1049</sup>. Se produce una democratización de los riesgos, ya que la contaminación afecta a todos sea cual sea su poder adquisitivo, su raza o su nacionalidad.

Estamos viviendo un proceso de cambios decisivos cuyo núcleo fundamental lo constituyen los riesgos. Riesgos que son producto del proceso de modernización e industrialización. El gran problema no es sólo la aparición de estos nuevos riesgos, sino, sobre todo, la acumulación de los mismos. Es clásico el ejemplo de la contaminación: la actividad de una sola fábrica puede no representar un riesgo, pero sí la de muchas<sup>1050</sup>. Además, se añade una nueva característica de esta nueva sociedad, cual es la globalización<sup>1051</sup>, contrariamente a los peligros industriales y profesionales típicos del s.

---

<sup>1046</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M<sup>a</sup> ISABEL, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, (Secretariado de publicaciones e intercambio científico . Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999) p. 82.

<sup>1047</sup> BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 1<sup>a</sup> ed., (Paidós. Surcos 25, Barcelona, 2006) p. 19.

<sup>1048</sup> BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 1<sup>a</sup> ed., (Paidós. Surcos 25, Barcelona, 2006) p. 11.

<sup>1049</sup> SERRANO TÁRRAGA, M<sup>a</sup> DOLORES, et al., *Tutela penal ambiental*, (Dykinson, Madrid, 2009) p. 26.

<sup>1050</sup> SERRANO TÁRRAGA, M<sup>a</sup> DOLORES, et al., *Tutela penal ambiental*, (Dykinson, Madrid, 2009) p. 25.

<sup>1051</sup> BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 1<sup>a</sup> ed., (Paidós. Surcos 25, Barcelona, 2006) p. 14.

XIX y primera mitad del XX, que aparecían limitados a lugares y grupos<sup>1052</sup>, los nuevos riesgos se extienden más allá de cualquier frontera o colectivo. Los nuevos riesgos no son limitables espacial, temporal ni socialmente<sup>1053</sup>. Acciones, sucesos, procesos industriales o situaciones económicas que tienen lugar en un punto del planeta afectan al resto de la humanidad.

Como estos riesgos son un producto de la acción humana<sup>1054</sup> -no de las fuerzas de la naturaleza- y, aunque no puedan ser compensados ni asegurados<sup>1055</sup>, sí pueden exigirse responsabilidades y se pueden intentar controlar. Es justo en este planteamiento cuando aparece la figura del Derecho penal<sup>1056</sup>. Se recurre al mismo para tratar de limitar el alcance de estos riesgos mediante la imposición de penas cuya misión es disuadir a los individuos de realizar conductas que puedan crear o acrecentar peligros u ocasionar una lesión. El problema surge porque muchos de estos riesgos son invisibles, no sabemos si determinados materiales o antenas u ondas, por ejemplo, son nocivas o no, lo que obliga a protegernos frente a aquello de lo que ignoramos si puede suponer o no un riesgo y esa protección puede llevarse a cabo a través de normas jurídico-

---

<sup>1052</sup> BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 1ª ed., (Paidós. Surcos 25, Barcelona, 2006) p. 11. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Mª ISABEL, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, (Secretariado de publicaciones e intercambio científico . Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999) p. 82.

<sup>1053</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Mª ISABEL, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, (Secretariado de publicaciones e intercambio científico . Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999) p. 82.

<sup>1054</sup> Los conflictos de la sociedad de carencia son reemplazados por los problemas derivados de los riesgos producidos de manera científica y técnica y, por tanto, dependientes de decisiones humanas. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Mª ISABEL, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, (Secretariado de publicaciones e intercambio científico . Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999) p. 82.

<sup>1055</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Mª ISABEL, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, (Secretariado de publicaciones e intercambio científico . Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999) p. 82.

<sup>1056</sup> Los actuales riesgos –que lo son de grandes dimensiones-, dependen de decisiones humanas por lo que, en principio, pueden ser dominados, es por ello que se piensa que el Derecho penal podría ser un procedimiento adecuado para su evitación. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Mª ISABEL, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, (Secretariado de publicaciones e intercambio científico . Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999) p. 83.

penales<sup>1057</sup>.

Esta sociedad del riesgo conlleva una expansión del Derecho penal a nuevas fuentes de agravio y nuevos valores a proteger, lo que, como hemos visto, ocasiona un colosal debate<sup>1058</sup>. Este debate surge de la confirmación de un conjunto de realidades sociales que Díez Ripollés resume en tres grandes bloques: uno, de carácter artificial, que sería la generalización de nuevos riesgos que afectan a grandes colectivos y vendrían como consecuencia de las nuevas tecnologías; dos, la dificultad que entraña atribuir la responsabilidad por dichos riesgos a determinadas personas, físicas o jurídicas; y tres, el exagerado sentimiento de inseguridad que se ha difundido en la sociedad y que se ve potenciado, a su vez, por tres factores: la excesiva cobertura mediática de los sucesos peligrosos o lesivos, las dificultades del ciudadano medio para entender el apresurado cambio tecnológico y adaptarse a él, y por la transformación de las relaciones y valores sociales<sup>1059</sup>.

Consecuencia de ello, continúa explicando Díez Ripollés, es el surgimiento de una política criminal cuyos rasgos principales son los siguientes: primero, un incremento de los ámbitos sociales objeto de intervención penal que se ampliaría a nuevas realidades sociales o a otras ya existentes que ahora se ven precisadas de protección, como, por ejemplo, el medio ambiente; segundo, el blanco de esta política criminal es perseguir la criminalidad de los poderosos, pues son los que pueden llevar a cabo esos nuevos delitos, a diferencia de tiempos anteriores en que eran “intocables”; tercero, se concede una posición preeminente al Derecho penal frente a otros

---

<sup>1057</sup> SERRANO TÁRRAGA, M<sup>a</sup> DOLORES, et al., *Tutela penal ambiental*, (Dykinson, Madrid, 2009) p. 27. PÉREZ FERRER, FÁTIMA, 'Consideraciones sobre las recientes líneas de política criminal en España', *Anales de Derecho*, n° 30 (2012). p. 198. GRACIA MARTÍN, LUIS, '¿Qué es modernización del Derecho penal?', en JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, et al. (eds) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al prof. dr. D. José Cerecho Mir* (Tecnos, Madrid, 2002) p. 360.

<sup>1058</sup> Es interesante el estudio que realiza Puschke sobre el tema del Derecho penal del riesgo y del peligro en PUSCHKE, JENS, 'Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito', *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n° 4 (2010). Traducción realizada por Yamila Fakhouri.

<sup>1059</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, 'De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado', en *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson Civitas, Madrid, 2005) pp. 269-270.

ordenamientos, al considerarlo más eficaz para la prevención de tales conductas; y cuarto, la necesidad de adaptar el Derecho penal y procesal penal a estas nuevas modalidades delictivas<sup>1060</sup>.

Surge así el denominado “Derecho penal del riesgo”<sup>1061</sup>, alusivo al Derecho penal propio de la sociedad de riesgo y orientado a minimizar los riesgos y a prevenir y controlar las causas generadoras de peligro. Aunque, en realidad, no es que el nuevo Derecho penal aborde por primera vez la regulación del riesgo, sino que “auspicia sin trabas la proliferación de figuras delictivas que ya no requieren la producción de ninguna lesión”<sup>1062</sup>.

Las principales características de este Derecho penal son la anticipación de la tutela penal, la proliferación de bienes jurídicos de naturaleza colectiva y, por tanto, la criminalización de nuevos comportamientos, la modificación en el sistema de imputación de la responsabilidad, admitiéndose una menor precisión en la descripción de los comportamientos típicos, el uso de las leyes penales en blanco y el aumento de delitos de peligro, y más concretamente de delitos de peligro abstracto, en detrimento de los clásicos delitos de lesión<sup>1063</sup>.

---

<sup>1060</sup> Díez Ripollés, José Luis, 'De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado', en *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson Civitas, Madrid, 2005) p. 270.

<sup>1061</sup> El “Derecho penal del riesgo” se encuadra dentro del “Derecho penal moderno”, que surge como un fenómeno cuantitativo en la parte especial, con la creación de nuevos delitos” y cualitativo en la parte general relacionado, precisamente, con la idea del riesgo. Donna, Edgardo Alberto, 'La sociedad de riesgos y los delitos de peligro abstracto', en Carlos García Valdés, et al. (eds) *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo I* (Edisofer, s.l., Madrid, 2008) p. 863.

<sup>1062</sup> Peris Riera, Jaime Miguel, 'Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década', en Juan Carlos Carbonell Mateu (ed) *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal* (Dykinson, Madrid, 2005) p. 694.

<sup>1063</sup> Sánchez García de Paz, M<sup>a</sup> Isabel, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, (Secretariado de publicaciones e intercambio científico . Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999) p. 82. Díez Ripollés, José Luis, 'De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado', en *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson Civitas, Madrid, 2005) p. 271. Gracia Martín, Luis, '¿Qué es modernización del Derecho penal?', en José Luis Díez Ripollés, et al. (eds) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al prof. dr. D. José Cerecho Mir* (Tecnos, Madrid, 2002) pp. 358-359. Donna, Edgardo Alberto, 'La sociedad de

Esta evolución -y expansión- del Derecho penal encuentra su mayor detractor en la denominada Escuela de Frankfurt<sup>1064</sup>. Su principal característica radica en que, aunque reconocen las nuevas necesidades sociales que precisan la intervención del Derecho, se esfuerzan por mantener el Derecho penal clásico, por lo que no aceptan los postulados que, al abrigo de la sociedad del riesgo, pretenden transformarlo. Fundamentalmente critican la creciente protección de bienes jurídicos colectivos o “difusos” como ellos los llaman -frente a los clásicos bienes jurídicos individuales- y la proliferación de los delitos de peligro abstracto -frente a los tradicionales delitos de

---

riesgos y los delitos de peligro abstracto', en CARLOS GARCÍA VALDÉS, et al. (eds) *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo I* (Edisofer, s.l., Madrid, 2008) p. 864. MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, (Civitas, Madrid, 2001) pp. 23 y ss. PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, 'Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU (ed) *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal* (Dykinson, Madrid, 2005) pp. 694-695.

<sup>1064</sup> Destaca Hassemer; *vid.* HASSEMER, WINFRIED, 'Rasgos y crisis del Derecho penal moderno', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 45, nº 1 (1992). En el mismo sentido, *vid.* PRITZWITZ, CORNELIUS, 'El Derecho penal alemán ¿fragmentario, subsidiario? ¿ultima ratio?', en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT & ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (eds) *La insostenible situación del Derecho penal* (Comares, Granada, 2000) p. 428. Siguen una línea similar de pensamiento: MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, (Civitas, Madrid, 2001) pp. 62, 118 y ss., 181 y ss. MENDOZA BUERGO, BLANCA, 'Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. LII (1999). pp. 288 y ss. BUENO ARÚS, FRANCISCO, *La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica*, (Civitas, Navarra, 2005) pp. 34-40 y 189-194. VELÁSQUEZ V., FERNANDO, 'Globalización y Derecho penal', en MARIO G. LOSANO & FRANCISCO MUÑOZ CONDE (eds) *El Derecho ante la globalización y el terrorismo. "Cedant arma togae"* (Tirant lo blanch, Valencia, 2004) pp. 201 y ss. FLAVIO GOMES, LUIZ, 'Globalización y Derecho penal', en JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, et al. (eds) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir* (Tecnos, Madrid, 2002) pp. 338 y ss. Aunque no completamente, también sigue en parte esta doctrina Cerezo Mir en CEREZO MIR, JOSÉ, 'Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo', *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 10 (2002). pp. 54 y ss. PRITZWITZ, CORNELIUS, 'Sociedad de riesgo y Derecho penal', en LUIS ARROYO ZAPATERO, et al. (eds) *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo* (Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003) pp. 263-264. Peris Riera habla de la politización del Derecho penal del riesgo en PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, 'Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU (ed) *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal* (Dykinson, Madrid, 2005) pp. 687-710.

lesión-, argumentando que los primeros, por sus contornos imprecisos, y los segundos, porque implican una anticipación y aumento de la intervención penal, conculcan el principio de seguridad jurídica<sup>1065</sup>.

En España, una postura intermedia entre la oposición de la Escuela de Frankfurt y la aceptación de la teoría de la sociedad del riesgo de Beck, la encabeza Silva Sánchez<sup>1066</sup>, quien acepta “resignadamente” las nuevas exigencias que plantea la sociedad moderna y, aunque intenta limitar su impacto sobre el Derecho penal clásico, admite que aquellas tengan una repercusión sobre éste. Considera adecuada la

---

<sup>1065</sup> “Por un lado, la degradación de la formalidad propia del Estado Derecho afecta al *Derecho penal material*. Asistimos a un incremento de los *delitos de peligro abstracto* (Derecho penal económico y del medio ambiente), a un crecimiento de la *estandarización excesiva de deberes* en el sentido de los delitos imprudentes y de omisión, y a una tendencia hacia una intervención penal simplificada con ayuda de las *cláusulas generales y de los elementos indeterminados de los tipos*”. ALBRECHT, PETER-ALEXIS, 'El Derecho penal en la intervención de la política populista', en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT & ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (eds) *La insostenible situación del Derecho penal* (Comares, Granada, 2000) p. 483.. Traducción realizada por Ricardo Robles planas. Vid., también una explicación sobre este tema en: CEREZO MIR, JOSÉ, 'Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo', *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 10 (2002). p. 55 y Díez RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, 'De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado', en *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson Civitas, Madrid, 2005) p. 272.

<sup>1066</sup> Ya en la edición española del libro “la insostenible situación del Derecho penal” (Ed. Comares, Granada, 2000) de una serie de artículos de diversos miembros de la Escuela de Frankfurt, matizó Silva Sánchez su patente escepticismo acerca de la postura de la citada Escuela, al manifestar que “si se pretende sacar al Derecho penal de su situación, probablemente insostenible, deben formularse propuestas *posibilistas*, en vez de refugiarse numantamente en el extremo opuesto de la defensa de una utopía (y ucronía) liberal radical. Seguramente, sin embargo, desde Frankfurt se pretende tan sólo formular la antítesis de la tesis del «Derecho penal moderno», confiando en que sean otros, o el tiempo, o concretamente el lector, quienes lleven a cabo la síntesis”. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Prólogo a la edición española', en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT & ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (eds) *La insostenible situación del Derecho penal* (Comares, Granada, 2000) pp. XII y XIII. Y, más adelante, sostuvo que una vuelta al Derecho penal liberal “ceñido a la protección de bienes altamente personales y del patrimonio, con estricta vinculación por los principios de garantía (...) de los ciudadanos frente a la intervención coactiva del Estado (...)” resulta no sólo anacrónico, sino también ucrónico. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., (Bdf, Buenos Aires, 2001) p. 149.



reconducción de los nuevos bienes jurídicos derivados de la sociedad del riesgo a través del Derecho administrativo sancionador, pero reconoce que hoy día eso es inviable –el título del capítulo en que explica todo esto se titula precisamente “la imposibilidad de volver al viejo y buen Derecho penal liberal”<sup>1067</sup>–, y por ello –considerando que lo problemático no es tanto la expansión del Derecho penal en general, sino la expansión del Derecho penal de la pena privativa de libertad, que es el que hay que contener–, parte de la consideración de que no en todo el sistema jurídico, ni el sancionatorio administrativo ni el penal, debe haber las mismas garantías, pues las consecuencias jurídicas son sustancialmente diversas, por lo que lo correcto es admitir la “gradualidad de la vigencia de las reglas de imputación y de los principios de garantía en el propio seno del Derecho penal, en función del concreto modelo sancionatorio que éste acabe asumiendo”<sup>1068</sup>. Es decir, propone un nuevo Derecho penal estructurado en dos escalones o “velocidades”. El primero sería el Derecho penal clásico y el segundo –o “Derecho penal de segunda velocidad”– se ocuparía de los nuevos bienes jurídicos que están apareciendo en la moderna sociedad y se caracterizaría por una menor intensidad garantística (aceptación de bienes jurídicos colectivos y de los delitos de peligro abstracto, flexibilización de las garantías individuales y de los criterios de imputación...) y, correlativamente, una menor intensidad punitiva, pues únicamente se prevendrían penas pecuniarias y privativas de derechos, pero nunca privativas de libertad<sup>1069</sup>.

La doctrina dominante se muestra conforme con el nuevo Derecho resultante de la modernización del Derecho penal, que abandona el periclitado Derecho penal de la Ilustración para convertirse en un Derecho penal acorde al Estado social de Derecho y a

---

<sup>1067</sup> “En este contexto, debe admitirse que proponer la «devolución» al Derecho administrativo de todo el «nuevo» Derecho penal es, sin duda, una postura loable desde perspectivas academicistas. Pero que elude afrontar las razones por las que se ha producido esa inflación penal así como buscar soluciones que, atendiéndolas, muestren la máxima racionalidad posible. De ahí que lo que sigue se sitúe, ciertamente con alguna resignación en una propuesta más realista o, si se quiere, posibilista acerca de la medida en que, desde un Derecho penal con vocación racionalizadora, han de acogerse las demandas sociales de protección precisamente «penal»”. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., (Bdf, Buenos Aires, 2001)

<sup>1068</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., (Bdf, Buenos Aires, 2001) pp. 151-153.

<sup>1069</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., (Bdf, Buenos Aires, 2001) pp. 154 y ss.

las nuevas realidades tecnológicas de las sociedades postindustriales<sup>1070</sup>. Consideran que los conceptos fundamentales de la teoría general del delito no tienen por qué ser abandonados ante los nuevos fenómenos penales, sino que hay que mantenerlos, teniendo en cuenta que se están desarrollando y perfeccionando permanentemente, por lo que pueden asimilar sin problemas esos nuevos fenómenos. Se justifica la tutela penal de los bienes jurídicos colectivos y el incremento y adelanto de la intervención del Derecho penal en aras a una mayor seguridad ciudadana requerida por los nuevos riesgos dominantes y que pueden hacer peligrar la pacífica coexistencia en sociedad, y defienden que sí se respetan las debidas garantías y los límites propios del Derecho penal, que los bienes jurídicos colectivos son bienes autónomos, que la tipificación de los delitos de peligro es necesaria para la debida protección de ciertos bienes cuando no conviene esperar a su efectiva lesión (además, no sólo existen delitos de peligro en el Código penal sino que siguen siendo mayoría los delitos de lesión)<sup>1071</sup>.

---

<sup>1070</sup> No obstante, matiza Díez Ripollés que junto a esta corriente aparece otra a la que él denomina una corriente “securitaria” que prioriza la seguridad ciudadana por encima de cualquier otro interés y que desemboca en un Derecho penal autoritario. DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, 'De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado', en *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson Civitas, Madrid, 2005) pp. 275 y ss. En el mismo sentido, *vid.* PÉREZ FERRER, FÁTIMA, 'Consideraciones sobre las recientes líneas de política criminal en España', *Anales de Derecho.*, nº 30 (2012). pp. 199-200.

<sup>1071</sup> *Vid.* CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) *passim*. En especial pp. 23 y ss, 185 y ss. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, '¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? (Responsabilidad por el producto, accesoriedad administrativa del Derecho penal y decisiones colegiadas)', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. LII (1999). p. 72. PÉREZ FERRER, FÁTIMA, 'Consideraciones sobre las recientes líneas de política criminal en España', *Anales de Derecho.*, nº 30 (2012). p. 199. RIERA PERIS, JAIME MIGUEL, 'Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU (ed) *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal* (Dykinson, Madrid, 2005) pp. 692 y ss. GRACIA MARTÍN, LUIS, '¿Qué es modernización del Derecho penal?', en JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, et al. (eds) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al prof. dr. D. José Cerecho Mir* (Tecnos, Madrid, 2002) pp. 387 y ss. GRACIA MARTÍN, LLUIS, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2003) *passim*. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 'Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del big crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)', en JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS, et al. (eds) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*.

Y es precisamente, esta última peculiaridad, el uso de los delitos de peligro -en particular de los de peligro abstracto-, lo que genera una polémica que merece ser explorada, toda vez que los delitos contra el medio ambiente se configuran como tales.

#### ***3.4.5.2. Delitos de peligro. Especial consideración de los delitos de peligro abstracto***<sup>1072</sup>

En el Derecho penal clásico, caracterizado por la defensa de bienes individuales, el modelo de tipo delictivo era el delito de lesión. Sin embargo, hoy día, como ya dijimos, se ha producido la inclusión en los ordenamientos penales de “delitos de carácter colectivo” para cuya regulación se ha optado por su tipificación como delitos de peligro<sup>1073</sup>. Como ya en 1973 escribía Barbero Santos: “En la mayoría de las legislaciones existen, y en número no escaso, delitos de peligro”<sup>1074</sup>.

---

*Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir* (Tecnos, Madrid, 2002) pp. 403-405 y 409 y ss. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006) pp. 177-178.

<sup>1072</sup> No es mi intención en este capítulo realizar un estudio exhaustivo de los delitos de peligro, pues es una materia tan densa, amplia y controvertida que se necesitarían varias tesis para poder abarcarla. Sólo pretendo una explicación clara para poder entender el problema que este tema suscita pues guarda gran relación con el medio ambiente –que es lo que nos ocupa-, en la medida en que la protección de éste se realiza a través de tipos configurados como delitos de peligro.

<sup>1073</sup> Siguiendo a Rodas Monsalve, podemos establecer el concepto de peligro como un juicio valorativo caracterizado por un juicio material-objetivo, ya que tiene una base material que determina su existencia y que constituye el bien jurídico y, dentro de ese juicio material, por un juicio de posibilidad: la vinculación entre la conducta y el resultado negativamente valorado. RODAS MONSALVE, JULIO CÉSAR, *Protección penal y medio ambiente*, (PPU, Barcelona, 1993) pp. 240-241.

<sup>1074</sup> Y continuaba, “algunos de ellos tienen en el ámbito penal una gran raigambre, v. gr., determinadas figuras de incendios. Otros, la mayoría, se han introducido en fecha reciente, al estimar necesario el legislador anticipar la consumación del delito al estadio en que se produce el peligro de lesión de ciertos bienes jurídicos, sea con el fin de evitar que ésta llegue a originarse, con todas las graves consecuencias que derivan de la utilización de los medios que ofrece el actual progreso técnico, sea porque se considere que así lo exige el presente desarrollo del sentido de solidaridad entre los hombres o por otras causas”. BARBERO SANTOS, MARINO, 'Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. XXVI, Fasc. III (1973). p. 487

Como acabamos de ver, esta evolución se justifica porque se han introducido en nuestra vida cotidiana riesgos y peligros que antes ni siquiera eran imaginables, debido a que el progreso técnico y social que ha tenido lugar supone la utilización de métodos y maquinaria que, aunque asumidos por toda la sociedad como indispensables, comporta unos riesgos que es preciso tener en cuenta<sup>1075</sup>. Como señala el profesor Gimbernat, citando a Finger, “el peligro es hoy en día no un estado anormal, sino uno normal”<sup>1076</sup>. Todo ello exige adelantar la intervención del Derecho penal a fases previas y alejadas de la efectiva lesión del bien jurídico, adquiriendo un carácter preventivo<sup>1077</sup>. A este respecto, Cerezo Mir matiza la distinción entre precaución y prevención. Mientras que la prevención parte de la idea de previsibilidad, basada en las leyes causales conocidas, la precaución lo hace de la sospecha de un riesgo que puede conllevar una actividad determinada cuando se desconocen los procesos causales que puedan desencadenarlo. Cerezo Mir rechaza las propuestas de ampliar los delitos de peligro abstracto a estos últimos supuestos, ya que supondría una desnaturalización del concepto de peligro abstracto, puesto que estos delitos castigan conductas que implican el peligro de un bien jurídico según el saber científico-causal de la época<sup>1078</sup>.

Y no sólo se justifica esta evolución por el progreso tecnológico, sino que,

---

<sup>1075</sup> Así lo reconoce Gimbernat, al manifestar que “con el progreso social y técnico se ha elevado considerablemente el número de aquellas actividades que son, a la vez, peligrosas e imprescindibles (...). El peligro hoy en día no es un estado anormal, sino uno normal” GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 2ª ed., (Bdf, Montevideo - Buenos Aires, 2007) p. 51. En el mismo sentido, *vid.* RIERA PERIS, JAIME MIGUEL, 'Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU (ed) *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal* (Dykinson, Madrid, 2005) p. 692.

<sup>1076</sup> GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 2ª ed., (Bdf, Montevideo - Buenos Aires, 2007) p. 51.

<sup>1077</sup> Como indica Gómez Pavón: “Un delito de peligro (...) supone siempre un adelantamiento de las barreras de protección penal, no esperar a la lesión o destrucción del bien jurídico”. GÓMEZ PAVÓN, PILAR, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y análisis del art. 383 Cp*, 4ª ed., (Bosch, Barcelona, 2010) p. 115.

<sup>1078</sup> CEREZO MIR, JOSÉ, 'Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo', *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 10 (2002). pp. 61-62. En el mismo sentido, *vid.* ESCRIVÁ GREGORI, JOSE Mª, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, (Bosch, Barcelona, 1976) pp. 19 y ss.

además, como cita De la Cuesta Aguado, al estar configurado nuestro modelo político como “Estado social o Estado de bienestar, se ha desarrollado una demanda de seguridad material tan fuerte (en ocasiones parece, incluso, excesiva) que obliga a los poderes públicos a demostrar un interés en la prevención de peligros desconocidos para la mentalidad política del siglo XIX, bajo la que fueron trazadas las líneas maestras de nuestro Código Penal”<sup>1079</sup>.

Antes de ahondar en el tema de los delitos de peligro es preciso distinguir entre peligro normal y peligro relevante para el Derecho penal<sup>1080</sup>, ya que existen actividades cuya práctica, aún cuando se considera peligrosa, también se estima adecuada, pues se realiza dentro de límites reglados, por lo que no ha lugar a la intervención del Derecho<sup>1081</sup>. Lo esencial aquí es que, “mientras unas conductas peligrosas son permitidas, otras no lo son”<sup>1082</sup>. El concepto de riesgo permitido aparece así como un elemento regulador básico en este “moderno” Derecho penal, “como una figura jurídica que permitiría reputar conforme a Derecho acciones que comportan un peligro de lesión para bienes jurídicos, siempre que el nivel de riesgo se mantenga dentro de unos límites razonables y el agente haya adoptado las medidas de precaución y control necesarias

---

<sup>1079</sup> Así lo explica De la Cuesta Aguado, citando a Boix Reig, Orts Berenguer y Vives Antón, en DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) p. 117, nota 248.

<sup>1080</sup> Acerca del riesgo permitido *vid.* PAREDES CASTAÑÓN, JOSE MANUEL, *El riesgo permitido en el Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, (Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995) *passim*. PAREDES CASTAÑÓN, JOSE MANUEL, 'El límite entre imprudencia y riesgo permitido en el Derecho penal ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. XLIX. Fasc. III (1996). pp. 909-942. CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) p. 71..

<sup>1081</sup> A este respecto, reconoce Gimbernat que “la realización de una acción peligrosa no es siempre (...) algo prohibido: Cuanto más imprescindible sea una acción en sentido jurídico, mayor será el peligro que estará permitido correr sin desaprobación jurídica”, pero matiza, “el agente sólo se puede beneficiar de este motivo de justificación del riesgo permitido cuando han sido tomadas todas las medidas de cuidado para proteger los bienes jurídicos amenazados por las actividades peligrosas, es decir: cuando se ha observado la diligencia debida”. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 2ª ed., (Bdf, Montevideo - Buenos Aires, 2007) p. 51.

<sup>1082</sup> ESCRIVÁ GREGORI, JOSE Mª, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, (Bosch, Barcelona, 1976) p. 63.

para disminuir justamente el peligro de aparición de dichos resultados lesivos”<sup>1083</sup>. Todo ello sin olvidar que “el peligro constituye una noción general cuya elaboración obliga a atender a conocimientos y nociones de la lógica extraños en un principio al ámbito de la ciencia jurídico-penal”<sup>1084</sup>.

Aunque nuestro Código penal no contempla una definición de “peligro”, podemos citar como elementos básicos para que una situación pueda ser considerada penalmente peligrosa, la posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado y el carácter dañoso o lesivo de ese resultado para algún bien objeto de protección jurídica<sup>1085</sup>. Respecto del primer presupuesto, existen dos grandes grupos de teorías a la hora de concebir el concepto de “probabilidad”: en primer lugar, la teoría subjetiva, que estima como elemento característico la “temibilidad”, es decir, el peligro consiste en el temor a que se produzca un daño; y en segundo lugar, las teorías objetivas, para las que una acción o situación se considerará peligrosa cuando exista la probabilidad de que llegue a producir un daño, es decir, el peligro consiste en la probabilidad de un daño, teniendo relevancia para el Derecho dicha probabilidad cuando la acción o situación se considere lo suficientemente peligrosa para los bienes jurídicos dignos de protección como para hacer necesaria la intervención jurídica<sup>1086</sup>.

---

<sup>1083</sup> DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, 'Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho penal', en FERNANDO PÉREZ ÁLVAREZ (ed) *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Nuñez* (Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007) p. 193.

<sup>1084</sup> CÓRDOBA RODA, JUAN, 'Prólogo', en JOSÉ MARÍA ESCRIVÁ GREGORI (ed) *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal* (Bosch, Barcelona, 1976) p. 8.

<sup>1085</sup> GÓMEZ PAVÓN, PILAR, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogás tóxicas o estupefacientes y análisis del art. 383 Cp*, 4ª ed., (Bosch, Barcelona, 2010) pp. 115 a 117. ESCRIVÁ GREGORI, JOSE Mª, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, (Bosch, Barcelona, 1976) p. 18.

<sup>1086</sup> Vid. GÓMEZ PAVÓN, PILAR, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogás tóxicas o estupefacientes y análisis del art. 383 Cp*, 4ª ed., (Bosch, Barcelona, 2010) pp. 115 a 117. ESCRIVÁ GREGORI, JOSE Mª, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, (Bosch, Barcelona, 1976) pp. 19 y ss. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, (Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1993) pp. 52 y ss.. CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) pp. 32 y ss. GARCÍA RIVAS, NICOLÁS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, (Praxis, Barcelona, 1998) pp. 8 y ss. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS,

Podemos distinguir entre delitos de lesión y de peligro con base en la intensidad del ataque al bien jurídico, o bien atendiendo a la estructura típica de exigencia de producción o no de un resultado. Si se sigue el segundo criterio<sup>1087</sup> se utiliza la denominación de delitos de resultado, entendiendo aquí integrados los delitos de peligro concreto<sup>1088</sup>, y de delitos de mera actividad, para referirse a los delitos de peligro abstracto. De la Cuesta Aguado, por ejemplo, manifiesta, con respecto a los delitos de

---

TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, (Servicio de publicaciones de la UCM, Madrid, 1994) pp. 21 y ss.

<sup>1087</sup> Vid. MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed., (Reppertor, Barcelona, 2011) p. 239.

<sup>1088</sup> En realidad, para la mayoría de la doctrina los delitos de peligro concreto son delitos de resultado ya que, para su consumación, requieren la prueba de la existencia real de peligro y la relación de causalidad entre la conducta y el resultado peligroso. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA & SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho Penal Español. Parte General.*, 18ª ed., (Dykinson, Madrid, 1995) p. 427. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, 'Los delitos culposos cometidos por medio de vehículos de motor y la ley de 24 de Diciembre de 1962', en JEFATURA CENTRAL DE TRÁFICO CON LA COLABORACIÓN DEL CENTRO INTERNACIONAL DI STUDI GIURIDICI SULLA CIRCOLAZIONE STRADALE (ITALIA) (ed) *Conferencias y comunicaciones del V Curso internacional de derecho de la circulación* (Hauser y Menet, Madrid, 1963) pp. 526-527. GUALLART Y DE VIALA, ALFONSO, 'Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. XXXII, Fasc. III (1979). pp. 620 y ss. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1992) p. 260. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, (Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1993) pp. 227-228. CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) pp. 253 y ss. CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2002) p. 11. MATA Y MARTÍN, RICARDO M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, (Comares, Granada, 1997) p. 53. RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, *Derecho penal. Parte general*, (Cívitas, Madrid, 1978) p. 339. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO & HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Derecho penal. Parte general: Teoría jurídica del delito*, (Rafael Castellanos, Madrid, 1986) . QUINTERO OLIVARES, GONZALO & MORALES PRATS, FERMÍN, *Parte general del Derecho penal*, 3ª ed. rev, ampl y puesta al día, (Thomson Aranzadi, Navarra, 2010) pp. 348 y ss. MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., (Reppertor, Barcelona, 2011) pp. 239 ;PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, *Delitos contra el medio ambiente*, (Universidad de Valencia, Valencia, 1984) pp. 29-30. PÉREZ ÁLVAREZ, FERNANDO, *Protección penal del consumidor: salud pública y alimentación. Análisis del tipo objetivo del delito alimentario nocivo*, (Praxis, Barcelona, 1991) p. 276. MIR PUIG, SANTIAGO, 'Conducción temeraria y el nuevo art. 340 bis d) del Código penal', en DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA & FRANCISCO SOTO NIETO (eds) *Derecho de la circulación: Aspectos civiles y penales*. (CESEJ (Centro de Estudios Jurídicos), Madrid, 1993) p. 184.

peligro concreto, que “Se trata de delitos de resultado, donde éste consiste básicamente en la producción de una situación de peligro para el bien jurídico protegido que ha de ser constatado por el juez en el caso concreto. Junto a estos tipos de resultado se pueden distinguir (...) los delitos de mera actividad, donde la realización de la acción típica, por sí misma, consume el tipo. En los delitos de peligro abstracto (...) el legislador tipifica determinadas conductas que, por lo general, son gravemente peligrosas”<sup>1089</sup>. O Berdugo Gómez de la Torre, que especifica, después de clasificar los delitos de lesión y de peligro por su relación con el bien jurídico, que “la consumación de un delito de peligro concreto requiere la comprobación por parte del Juez de la proximidad del peligro al bien jurídico y de la capacidad lesiva del riesgo. Por esta razón, estos delitos son siempre de resultado. Los delitos de peligro abstracto son, en cambio, delitos de mera actividad; se consuman con la realización de la conducta supuestamente peligrosa, por eso el Juez no tiene que entrar a valorar si la ebriedad del conductor puso o no en concreto peligro la vida de tal o cual transeúnte para entender consumado el tipo”<sup>1090</sup>.

Si nos centramos en la distinción que atiende a la entidad del ataque al bien jurídico, podemos distinguir entre delitos de lesión y de peligro, y dentro de éstos, entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto<sup>1091, 1092</sup>. Resulta posible

---

<sup>1089</sup> DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) p. 113 y 114.

<sup>1090</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, et al., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, (Experiencia, Barcelona, 2010) p. 215.

<sup>1091</sup> Éste es el criterio utilizado por la doctrina mayoritaria. Cfr. CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2002) p. 111. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, (Servicio de publicaciones de la UCM, Madrid, 1994) pp. 13-14. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, (Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1993) p. 7. BARBERO SANTOS, MARINO, 'Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. XXVI, Fasc. III (1973). pp. 488-489. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 'Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Nº 2 (2012). p. 47. PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, 'Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU (ed) *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal* (Dykinson, Madrid, 2005) p. 700. ESCRIVÁ GREGORI, JOSE Mª, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, (Bosch, Barcelona, 1976) p. 41. LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, 1ª ed., 3ª reimpr., (Editorial Universitas, S.A., Madrid, 2004) p. 313. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO & HUERTA



convenir que “la distinción que mayores dificultades encierra es la que divide a los delitos de peligro en abstractos y concretos”<sup>1093</sup>.

Delitos de lesión son aquellos en los que, para la consumación del tipo, se exige que se produzca un daño, un menoscabo, una lesión en fin, en el bien jurídico protegido. Por mencionar algunos ejemplos de definición de delitos de lesión citaré a Octavio de Toledo y Ubieto y Huerta Tocildo, quienes explican que “ha de darse la efectiva destrucción del objeto de protección”<sup>1094</sup>, a Cerezo Mir, que señala que “en los delitos de resultado el tipo acota y describe un resultado material o externo”<sup>1095</sup> o a Berdugo Gómez de la Torre, para quien los delitos de lesión “son aquellos en los que se menoscaba o lesiona el bien jurídico protegido en el tipo”<sup>1096</sup>.

---

TOCILDO, SUSANA, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., (Rafael Castellanos, Madrid, 1986) p. 166. MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, (Comares, Granada, 2001) pp. 9-10 y 18 y ss. RODAS MONSALVE, JULIO CÉSAR, *Protección penal y medio ambiente*, (PPU, Barcelona, 1993) pp. 244-245.

<sup>1092</sup> Existen también otras clasificaciones. Escrivá Gregori, por ejemplo, establece la siguiente clasificación, en cuanto a las clases de peligro: peligro normal y peligro penalmente relevante, peligro inminente, próximo, pasado, presente, actual, futuro, remoto y eventual, peligro común y peligro particular y peligro implícito y peligro explícito. Y, en cuanto a los delitos de peligro: delitos propios e impropios de peligro y los delitos de peligro abstracto, concreto, abstracto-concreto, efectivo, general y presunto. ESCRIVÁ GREGORI, JOSE M<sup>a</sup>, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, (Bosch, Barcelona, 1976) pp. 63 y ss. Mata y Martín distingue, cuando se trata de los que él denomina “bienes intermedios o de referente individual”, entre delitos de lesión-peligro (lesión para el bien social y peligro para el bien individual) y delitos de peligro-lesión (delitos para el bien colectivo y de peligro para el personal). MATA Y MARTÍN, RICARDO M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, (Comares, Granada, 1997) pp. 58 y 64. Mendoza Buergo, por su parte, expone otras clasificaciones: delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado, acciones en masa, delitos de infracción de un control administrativo y delitos por acumulación. MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, (Civitas, Madrid, 2001) pp. 52 y ss.

<sup>1093</sup> ESCRIVÁ GREGORI, JOSE M<sup>a</sup>, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, (Bosch, Barcelona, 1976) p. 69.

<sup>1094</sup> DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO OCTAVIO & HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., (Rafael Castellanos, Madrid, 1986) p. 163.

<sup>1095</sup> CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2002) p. 111.

<sup>1096</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, et al., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, (Experiencia, Barcelona, 2010) p. 215.

Delitos de peligro son aquellos en los que no se exige en el tipo una lesión o menoscabo del bien jurídico, sino que basta para su consumación una simple puesta en peligro del mismo, de manera que se produce un adelantamiento de la protección del bien a fases anteriores a las de su efectiva lesión. Ese adelantamiento de la intervención del Derecho penal será mayor o menor dependiendo de la intensidad de esa puesta en peligro y así, distingue la doctrina entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. En este sentido reconoce Gómez Pavón que “de todas las posibles clasificaciones que puedan hacerse, la más interesante (...), sin duda, es la que distingue entre delito de peligro abstracto y delito de peligro concreto”<sup>1097</sup>. Lo fundamental para poder distinguir si estamos ante un delito de lesión, de peligro concreto o de peligro abstracto, no sólo cómo esté configurado el ataque y sus posibles consecuencias, sino también cómo lo está el propio bien jurídico protegido<sup>1098</sup>.

Se ha afirmado que los delitos de peligro concreto son aquellos en que “el peligro del bien jurídico es un elemento del tipo; de modo que el delito queda sólo consumado cuando se ha producido realmente el peligro del bien jurídico”<sup>1099</sup> o, con otras palabras, cuando el tipo requiera “que el bien jurídico en cuestión haya sido efectivamente puesto en peligro”<sup>1100</sup>. Mientras que en los delitos de peligro abstracto, y citando a Gómez Pavón, “el peligro es la *ratio essendi* del precepto, que no se halla incorporado al tipo legal; es la razón que ha movido al legislador para declarar punible

---

<sup>1097</sup> GÓMEZ PAVÓN, PILAR, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogás tóxicas o estupefacientes y análisis del art. 383 Cp*, 4ª ed., (Bosch, Barcelona, 2010) p. 124.

<sup>1098</sup> MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, (Comares, Granada, 2001) p. 11. Sin embargo, explica esta autora, no siempre es fácil establecer una clara frontera para delimitar si estamos ante un delito de lesión o de peligro. Esto ocurre, sobre todo, en los delitos colectivos, en los que “si se considera la afectación que las conductas suponen para el bien jurídico colectivo, podemos reputar dichos delitos como de lesión y, sin embargo, constituyen el paradigma tradicional de los delitos de peligro en la medida en que las conductas sólo suponen un peligro para los bienes jurídicos individuales que son finalmente tutelados”.

<sup>1099</sup> CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2002) p. 111.

<sup>1100</sup> DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO OCTAVIO & HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., (Rafael Castellanos, Madrid, 1986) p. 164.

la conducta”<sup>1101</sup>. Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. Para Berdugo Gómez de la Torre los delitos de peligro abstracto constituyen un grado previo respecto de los de peligro concreto<sup>1102</sup>. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido”<sup>1103</sup>, es decir, en este tipo de delitos sólo se exige “potencialidad para crear el riesgo de lesión”<sup>1104</sup>. Contrario a esta consideración se muestra Silva Sánchez, para quien los delitos de peligro abstracto no deben entenderse “como delitos de peligro presunto, en los que la peligrosidad de la conducta constituye la *ratio legis* y no tiene que constatarse en el caso, opción esta última que me parece inadmisibles para un Derecho penal de protección de bienes jurídicos”<sup>1105</sup>. Difiere también Mendoza Buergo, quien define los delitos de peligro abstracto “como un conjunto de diferentes delitos cuyo común denominador es que el tipo sólo sanciona un comportamiento, no exigiendo una efectiva puesta en peligro (...) aunque sí que la realización de tal comportamiento suponga (...) un riesgo de producción de una concreta puesta en peligro o de la lesión del bien jurídico”<sup>1106</sup>.

Existe un sector doctrinal que apoya la existencia de un *tertium genus* entre los dos anteriores y habla de delitos de peligro abstracto-concreto, en los que se exige la constatación de que ha existido la conducta y que además genera un peligro, pero no es preciso verificar que éste ha producido un resultado en el bien jurídico protegido<sup>1107</sup>.

---

<sup>1101</sup> GÓMEZ PAVÓN, PILAR, El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y análisis del art. 383 Cp, 4ª ed., (Bosch, Barcelona, 2010) p. 125

<sup>1102</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, et al., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, (Experiencia, Barcelona, 2010) p. 215. Para este autor lo que castiga en estos casos el legislador es la peligrosidad de la conducta en sí misma.

<sup>1103</sup> CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2002) p. 111.

<sup>1104</sup> DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO OCTAVIO & HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., (Rafael Castellanos, Madrid, 1986) p. 164.

<sup>1105</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, '¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal', *La ley*, Tomo 3 (1997). p. 1716

<sup>1106</sup> MENDOZA BUERGO, BLANCA, Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto, (Comares, Granada, 2001) p. 20.

<sup>1107</sup> DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) p. 120. Y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, et al., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, (Experiencia, Barcelona, 2010) p. 139.

Estos delitos son también denominados “delitos de aptitud para la producción de un daño”<sup>1108, 1109</sup>.

Veamos algunos ejemplos en los que la jurisprudencia del Tribunal Supremo explica lo que supone la consideración como delito de peligro abstracto, aunque no referidos a los delitos contra el medio ambiente, pues a ellos me referiré en el epígrafe siguiente. STS 971/2001, de 16 de mayo<sup>1110</sup>: “*El delito tipificado en el art. 368 del CP es de los llamados de riesgo o peligro abstracto, de consumación anticipada, en los que el logro de la finalidad última de sus autores cae fuera del perfeccionamiento consumativo tipificado, por cuya razón no caben las formas imperfectas, salvo muy especiales excepciones*”. STS 444/2005, de 11 de abril<sup>1111</sup>: “*El delito contra la salud pública por tráfico ilegal de drogas es un delito de peligro abstracto. Como tal, sanciona conductas capaces de crear un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, adelantando las barreras de protección, sin exigir la producción de un resultado lesivo ni la concreción de ese peligro como proximidad de lesión*”. STS

---

<sup>1108</sup> CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2002) p. 112. ESCRIVÁ GREGORI, JOSE Mª, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, (Bosch, Barcelona, 1976) p. 32. FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, 'Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson Civitas, Navarra, 2005) pp. 314-316. OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO & GÓMEZ LANZ, JAVIER, *Derecho penal. Parte general: Elementos básicos de teoría del delito*, (Tecnos, Madrid, 2012) pp. 89-90.

<sup>1109</sup> Puesto que yo me referiré a los delitos de peligro abstracto en contraposición a los de peligro concreto, y por tanto *lato sensu*, entenderé incluido este género intermedio dentro de los primeros. Como también hace nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia 1973/2000, de 15 de diciembre [RJ 2000/10337], FD 8, al manifestar: “*toda vez que, como ya se ha dicho, estamos ante un delito de peligro abstracto, en el que lo determinante es el carácter peligroso de la sustancia administrada y no el peligro real para la salud pública generado por la acción de administrar al ganado esa sustancia. Igual conclusión a la que llega la sentencia de esta Sala de 4 de octubre de 1999 en la que se califica el art. 364.2.1, como un tipo mixto de «peligro abstracto-concreto», o de «peligro potencial e hipotético», en el que la perfección se alcanza por la simple acción de suministrar a los animales destinados al consumo de las personas esas sustancias que hipotéticamente originan riesgo para la salud humana, como ya ha quedado dicho.*”

<sup>1110</sup> STS 971/2001, de 16 de mayo [RJ 2001/5511], FD 2.

<sup>1111</sup> STS 444/2005, de 11 de abril [RJ 2005/388], FD 2. También SSTS 716/2005, de 3 de junio [RJ 2005/3346], FD 1 y 717/2004, de 3 de junio [RJ 2005/2285].

1973/2000, de 15 de diciembre<sup>1112</sup>: “«lo decisivo es el carácter peligroso de la sustancia administrada y no el peligro real creado con ella para la salud pública», advirtiendo de la similitud de estas conductas con la cuestión de si el delito de asesinato mediante administración de veneno requería que la cantidad de éste sea mortal, y citaba numerosa jurisprudencia que establecía que la dosis no letal de veneno no excluía la exigencia típica del mismo en el asesinato, de donde se llegaba a la conclusión reiterada de que, siendo el art. 364 CP un tipo de delito de peligro abstracto que no requiere la producción de un resultado concreto, finalmente, «el peligro abstracto no puede depender del peligro concreto generado, sino de la realización de la acción peligrosa en sí misma». Conclusión ésta que abunda en la que mantenía la STS de 4 de octubre de 1999, en la que se calificaba esta clase de ilícitos como de «peligro potencial o hipotético», en el que la perfección se alcanza por el mero hecho de administrar al ganado destinado al consumo humano esas sustancias que hipotéticamente generan riesgo para la salud de las personas; y que, en definitiva, es la razón de la prohibición por la Administración Pública de tales productos, añadimos”. STS 1732/2001, de 3 de octubre<sup>1113</sup>: “En todo caso, el recurrente olvida que este delito de tráfico de drogas, tipificado en el artículo 368 del Código Penal, por tratarse de un delito de peligro abstracto, es de consumación anticipada y se produce con la simple posesión de la droga, bien inmediata, bien mediata”.

La opción del legislador de tipificar uno u otro tipo de peligro es importante a efectos prácticos, porque mientras que en los delitos de peligro abstracto el legislador aprecia en la propia norma los indicios de peligro, en los delitos de peligro concreto, es el juez quien ha de realizar el juicio de peligrosidad<sup>1114, 1115</sup>.

---

<sup>1112</sup> STS 1973/2000, de 15 de diciembre [RJ 2000/10337], FD 4.

<sup>1113</sup> STS 1732/2001, de 3 de octubre [RJ 2001/8524], FD 2

<sup>1114</sup> DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) p. 231. SERRANO TÁRRAGA, Mª DOLORES, et al., *Tutela penal ambiental*, (Dykinson, Madrid, 2009) p. 154. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1998) pp. 69-70. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1992) 104.

<sup>1115</sup> En el mismo sentido, entiende Gómez Pavón que “en los delitos de peligro concreto éste forma parte del tipo, siendo necesaria la demostración en cada caso, de la efectiva puesta en peligro del bien jurídico protegido”. GÓMEZ PAVÓN, PILAR, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y análisis del art. 383 Cp*, 4ª ed., (Bosch, Barcelona, 2010) p. 124.

A este respecto, señala Rodríguez Ramos que “el peligro es un ente de razón con fundamento *in re*”, explicando que es un ente de razón porque no tiene existencia real, pues de lo contrario ya no sería un peligro sino una lesión efectiva<sup>1116</sup>; opinión, con otras palabras, admitida por toda la doctrina<sup>1117</sup>. Por ello, el juez, que enjuiciará los hechos siempre en un momento cronológico *ex post*, deberá representarse mentalmente *ex ante*, en la posición del autor en el momento del comienzo de la acción, y desde tal representación y atendiendo a las circunstancias del caso concreto conforme a los datos de que tiene conocimiento (conocimiento o saber ontológico) y a conocimientos nomológicos, esto es, a las leyes de la naturaleza, de la experiencia o informes periciales, deberá emitir un juicio de probabilidad dictaminando si el comportamiento enjuiciado era o no idóneo para causar la lesión del bien en peligro con base al *id quod plerumque accidit*, de forma que si no se alcanza una certeza absoluta de que no se hubiera podido producir el resultado se considera que la acción era efectivamente peligrosa<sup>1118</sup>. Para Cerezo Mir, como el juicio de peligro es un criterio objetivo (ya que está basado en las “circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente y la experiencia común de la época sobre los cursos causales”) al peligro se le puede atribuir un carácter objetivo, puesto que no se trata de una mera impresión subjetiva de temor<sup>1119</sup>, apareciendo así el peligro como una cualidad propia de la acción: es una acción peligrosa. Para este autor, si se exige un resultado de peligro concreto para entender realizado el tipo de los delitos de peligro abstracto, se produciría una

---

<sup>1116</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, *Compendio de Derecho penal (Parte general)*, 2ª ed., (Dykinson, Madrid, 2010) p. 139.

<sup>1117</sup> “Un juicio de tal clase [se refiere al juicio de probabilidad] carece de sentido cuando se formula *ex post*. El peligro pasado ya no es peligro, pues, presupuesto lo que realmente ha ocurrido, nunca pudo pasar otra cosa que lo efectivamente ha sucedido”. RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA & SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho Penal Español. Parte General.*, 18ª ed., (Dykinson, Madrid, 1995) p. 427.

<sup>1118</sup> CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2004) p. 114. RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, *Compendio de Derecho penal (Parte general)*, 2ª ed., (Dykinson, Madrid, 2010) p. 139. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO & HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., (Rafael Castellanos, Madrid, 1986) p. 164.

<sup>1119</sup> CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2002) p. 114, nota 44.

igualación entre ambos tipos de peligro que sería contraria a la ley<sup>1120</sup>.

El mayor problema se plantea con los delitos de peligro abstracto (también denominados delitos de peligro presunto o delitos de peligro implícito). Explica, a este respecto, Rodas Monsalve que la categoría “delitos de peligro abstracto” se ha convertido en un cajón de sastre en el que se incluyen diferentes tipologías, sometidas a diferentes valoraciones político-criminales. Torío López señala las siguientes especies: delitos consistentes en la violación de reglas ético-sociales o ético-religiosas (en realidad, éstos se pueden considerar ya algo histórico), delitos de desobediencia, de policía o injustos administrativos sometidos a pena criminal (como la expedición de medicamentos sin cumplir las formalidades legales) y los que en puridad son delitos de peligro abstracto (que él designa como delitos de peligro hipotético), en los que el tipo no reclama, a diferencia de lo que ocurre con los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del tipo de delito. En este último subgrupo, se integran delitos pertenecientes al núcleo histórico primordial del Derecho penal y que persisten en la evolución del Derecho penal (como algunos delitos contra la salud pública) mostrándose claramente contrario a prescindir legislativamente de estos últimos<sup>1121</sup>. Feijoo Sánchez, por su parte, diferencia dos tipos de infracciones en la categoría de los delitos de peligro abstracto: por un lado, las que afectan a la protección

---

<sup>1120</sup> No hay, en este punto, un criterio unificado, pues se puede entender que hay peligro sólo cuando existe la probabilidad clara y exacta de que se va a producir la lesión del bien jurídico como plantea Rodríguez Devesa, para quien “no es posible más que la configuración del *peligro* concreto. O se exige, para que una conducta constituya delito, que se haya producido efectivamente una situación peligrosa, o no se exige” (RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA & SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho Penal Español. Parte General*, 18ª ed., (Dykinson, Madrid, 1995) p. 427.) o basta para entender que hay peligro con que la probabilidad de que ocurra el daño sea más probable que la de que no ocurra, como explica Escrivá Gregori, “para la estimación de la existencia de un peligro (...) se trataría de que en una escala cuyos dos extremos vendrían dados por la segura producción y segura no producción de un resultado lesivo, primara (...) el grado de probabilidad de “producción” sobre el grado de probabilidad de “no producción”, es decir, que fuera “más probable” que el daño sucediera que el que no sucediera” (ESCRIVÁ GREGORI, JOSE Mª, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, (Bosch, Barcelona, 1976) p. 27.)

<sup>1121</sup> RODAS MONSALVE, JULIO CÉSAR, *Protección penal y medio ambiente*, (PPU, Barcelona, 1993) p. 248. TORÍO LÓPEZ, ÁNGEL, 'Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. XXXIV (1981). PP. 827-828.

de determinadas funciones de control y ordenación de ciertos materiales, sustancias o productos por parte de las Administraciones Públicas y, por otra parte, las que propiamente son delitos de peligro común para bienes jurídicos como la vida o la salud y, excepcionalmente en algún caso, para el medio ambiente<sup>1122</sup>. Por tanto, y ante la gran variedad de tipos incardinados dentro del concepto “delitos de peligro abstracto” parece difícil que se pueda ofrecer una solución global para todos ellos<sup>1123</sup>.

El tema de los delitos de peligro abstracto genera una gran polémica, dudándose incluso de su legitimidad en un Estado de Derecho. Así, algún sector doctrinal considera que el tipo de los delitos de peligro abstracto supone el quebranto del principio de culpabilidad<sup>1124</sup>, llegando a cuestionar incluso su constitucionalidad<sup>1125</sup>, ya que con ellos lo que se está haciendo es castigar una “peligrosidad presunta”<sup>1126</sup>, puesto que se presume -con una presunción *iuris et de iure*- que el peligro efectivamente se ha producido, sin admisión de prueba en contrario.

---

<sup>1122</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, 'Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson Civitas, Navarra, 2005) pp. 309-311.

<sup>1123</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, (Servicio de publicaciones de la UCM, Madrid, 1994) p. 338. AGUADO CORREA, TERESA, 'El principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto', en *El principio de proporcionalidad en Derecho penal* (Edersa, Madrid, 1999) . Leído en la página web <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/proporcionalidad-amplio-peligro-abstracto-298555>. Visitada el 01/03/2014.

<sup>1124</sup> Recordemos que el principio de culpabilidad en su sentido más amplio se configura como uno de los límites del *ius puniendi* y, dentro del mismo, encontramos el principio de responsabilidad por el hecho, es decir, la exigencia de un “Derecho penal del hecho” cfr. MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed., (Reppertor, Barcelona, 2011) p. 123.

<sup>1125</sup> Sostienen, por ejemplo, Octavio de Toledo y Ubieta y Huerta Tocildo que “(...) en el supuesto de peligro potencial. Cuando este último se identifica con un peligro presunto, (...) se atenta contra los principios más elementales del Derecho penal constitucionalmente acogido”. DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO OCTAVIO & HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., (Rafael Castellanos, Madrid, 1986) p. 165. Vid. también MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, (Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1993) pp. 150 y ss.

<sup>1126</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, et al., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, (Experiencia, Barcelona, 2010) p. 216.



Respecto a la posible conculcación del principio de culpabilidad por la utilización de la técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto, se aduce que el principal inconveniente que presentan estos delitos es que pueden llevar al castigo de conductas que no supongan materialmente un injusto penal en el caso concreto, ya que el individuo puede ser castigado por realizar un acto que, por sí solo, no es digno de castigo, ya que no tiene capacidad lesiva, pero que repetidamente sí la tiene, y desde un punto de vista estadístico es necesario tener en cuenta una sanción para este tipo de conductas. La cuestión más problemática es delimitar el contenido mínimo del injusto, decidir hasta dónde se puede adelantar la intervención del Derecho penal para proteger al bien, cuando todavía no se ha producido un peligro cierto ni mucho menos una lesión. El legislador penal piensa en los ataques más graves cuando crea los tipos penales, por lo que la peligrosidad estadística supone base bastante para crear un tipo penal, pero no para poder fundamentar la creación de normas frente a un ciudadano concreto<sup>1127</sup>. No considera Cerezo Mir que exista tal infracción del principio de culpabilidad, ya que, si la culpabilidad es la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, “sólo se daría una infracción indirecta del principio de culpabilidad por falta del objeto de reproche, si en la conducta realizada no pudiera apreciarse un contenido material del injusto”<sup>1128</sup>. Además, debemos tener presente que existen determinadas materias en las que es necesario el adelantamiento de la protección penal debido a la especial lesividad que presentan los factores de riesgo, supuestos en los que esperar a una puesta en peligro efectivo -concreto- generaría la desprotección del bien jurídico<sup>1129</sup>.

Tampoco el reproche que se hace sobre su posible inconstitucionalidad por confrontación con el principio de legalidad parece tal problema pues, como bien afirma

---

<sup>1127</sup> FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, 'Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson Civitas, Navarra, 2005) p. 320. MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, (Comares, Granada, 2001) p. 393.

<sup>1128</sup> CEREZO MIR, JOSÉ, 'Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo', *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 10 (2002). p. 65. En el mismo sentido, *vid.* MENDOZA BUERGO, BLANCA, 'La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto', *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 9 (2002). p. 43, nota 11.

<sup>1129</sup> RODAS MONSALVE, JULIO CÉSAR, *Protección penal y medio ambiente*, (PPU, Barcelona, 1993) p. 246. PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX Mª, 'El tipo básico', en FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA (ed) *El delito de tráfico de drogas* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) pp. 25-26.

Cerezo Mir, puede el legislador describir la acción prohibida de un modo claro y preciso<sup>1130</sup>, toda vez que, como añade Barbero Santos, sólo se producirá incongruencia si se niega la necesidad de comprobar la idoneidad de la acción para producir el peligro que la ley pretende evitar o su subsistencia<sup>1131</sup>.

En cuanto a su posible inconstitucionalidad porque implican una presunción *iuris et de iure* de la existencia de peligro, no todos los autores se muestran conformes con esta suposición. Destacan la doctrina de Rabl, quien pretende trasladar la estructura de los delitos de lesión a todos los de peligro, tesis que, si bien en los delitos de peligro concreto no plantea dificultades, sí lo hace en los de peligro abstracto, por lo que entiende este autor que la exigencia de una prueba de resultado está implícita en el tipo<sup>1132</sup>. Igualmente destacan la tesis de Schröder, que continúa la pauta iniciada por Rabl, pero a diferencia de éste, sólo referida a algunos delitos de peligro abstracto que serían entendidos como “delitos de presunción refutable de delito”. Schröder acepta sin dudas la necesidad y justificación de legislar utilizando la técnica de delitos de peligro abstracto para castigar determinadas conductas que suelen resultar peligrosas para un bien jurídico, sobre todo, en aquellos casos en que el peligro puede derivar de acciones que no se pueden prever fácilmente. Para este autor, se debe aceptar que la “presunción legal de peligro no es irrefutable” y que al juez compete la petición de prueba en contrario, pero únicamente en aquellos supuestos en los que el tipo proteja determinados objetos de los que pueda comprobarse con seguridad si han sido o no puestos en peligro en el caso concreto, pues si se trata de objetos que en el momento del suceso no están bien determinados o no son determinables, se debe aceptar el juicio de peligro fijado por la ley<sup>1133</sup>.

---

<sup>1130</sup> CEREZO MIR, JOSÉ, 'Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo', *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 10 (2002). pp. 62-63.

<sup>1131</sup> BARBERO SANTOS, MARINO, 'Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. XXVI, Fasc. III (1973). p. 494

<sup>1132</sup> Vid. MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, (Comares, Granada, 2001) pp. 147-148.

<sup>1133</sup> Vid. el estudio que sobre estos autores realizan MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, (Comares, Granada, 2001) pp. 153-154. FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, 'Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson Civitas, Navarra, 2005) p. 321.

En el Derecho patrio también encontramos algunos ejemplos de autores que defienden que en los supuestos de delitos de peligro abstracto nos encontramos ante una presunción *iuris tantum*. Así, Barbero Santos, por ejemplo, propone “la previsión de la prueba de la inexistencia de peligro”. Quintero Olivares considera que “la ausencia absoluta de peligro no ha de desdeñarse, sino que debería dar lugar a la exclusión de la tipicidad”. Cerezo Mir afirma que “en los delitos de peligro abstracto se da una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure* de la existencia del peligro. Y, Gómez Pavón señala, al explicar los delitos de peligro abstracto, que “esto no debe llevarnos a tomar tal presunción como *iuris et de iure*”<sup>1134</sup>.

En cualquier caso, la controversia se suscita porque, mientras que en los delitos de peligro concreto es preciso probar la existencia del peligro y su vinculación con la conducta, en los delitos de peligro abstracto sólo es necesario probar la conducta para entender consumado el peligro<sup>1135</sup>. Por ello, parte de la doctrina exige que se pueda admitir prueba en contra de la peligrosidad cuando de las circunstancias del caso concreto resulte que la conducta nunca hubiera podido producir una lesión. Sin embargo, se plantea en ese caso la posible conculcación de los principio *in dubio pro reo* y presunción de inocencia, por lo que algunos autores recomiendan requerir, además de la situación de peligro, la concurrencia de alguna otra condición, como por ejemplo, una condición objetiva de punibilidad. De esta manera, sólo se aceptarán aquellos delitos en los que el tipo no exija la producción de un peligro efectivo, pero sí “una acción apta

---

<sup>1134</sup> BARBERO SANTOS, MARINO, 'Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. XXVI, Fasc. III (1973). p. 495. QUINTERO OLIVARES, GONZALO, et al., *Manual de Derecho penal*, 3ª ed., (Aranzadi, Madrid, 2002) . CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2002) p. 113. GÓMEZ PAVÓN, PILAR, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes y análisis del art. 383 Cp*, 4ª ed., (Bosch, Barcelona, 2010) p. 125.

<sup>1135</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, *Compendio de Derecho penal (Parte general)*, 2ª ed., (Dykinson, Madrid, 2010) p. 138. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J., *Control social y sistema penal*, (PPU, Barcelona, 1987) p. 329. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, (Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1993) pp. 135 y ss. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, (Servicio de publicaciones de la UCM, Madrid, 1994) p. 247. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, '¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal', *La ley*, Tomo 3 (1997). pp. 1716-1717.

para producir un peligro al bien jurídico como elemento material integrante del tipo de delito”<sup>1136</sup>.

Otras teorías que tratan de justificar la legalidad de los delitos de peligro abstracto los consideran como una tentativa de delito imprudente o la tipificación del quebrantamiento del deber de cuidado sin resultado. Los más representativos de esta tendencia en la doctrina alemana son Horn y Brehm. El primero los considera delitos imprudentes especiales que se diferencian de los demás en que no se exige una concreta lesión del bien jurídico, mientras que para el segundo no se puede diferenciar la prohibición de lesionar de la de poner en peligro, si la norma prohíbe una conducta que puede provocar una lesión, se trata de una prohibición de lesionar en la que se renuncia al resultado de lesión. De acuerdo con estos autores, si el autor se comporta con el debido cuidado no se verificará el tipo de peligro. El problema con esta teoría es que no es aplicable a todos los delitos de peligro abstracto, sino únicamente a aquellos que se refieren a la infracción de una norma cuya función sea la protección inmediata de un bien jurídico individual (la vida o la salud de las personas)<sup>1137</sup>. En España se muestra -parcialmente- conforme con esta teoría Rodríguez Montañés, al afirmar que “la reconducción a la imprudencia, al menos en aquellos delitos de peligro abstracto claramente orientados a la protección de bienes jurídicos individuales, ofrece una vía bastante satisfactoria para dotar de legitimidad y fundamento material a estos

---

<sup>1136</sup> DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) p.115. CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2004) p. 112. BARBERO SANTOS, MARINO, 'Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. XXVI, Fasc. III (1973). p. 493. FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, 'Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson Civitas, Navarra, 2005) 321-322.

<sup>1137</sup> Explican en profundidad la opinión de estos autores MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, (Comares, Granada, 2001) pp. 209 y ss. y FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, 'Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson Civitas, Navarra, 2005) p. 322 y nota 36. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, (Servicio de publicaciones de la UCM, Madrid, 1994) pp. 281 y ss. CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) pp. 214 y ss.

delitos”<sup>1138</sup>.

No obstante, dado que no ofrece una solución global para todos los delitos de peligro abstracto, surgió una nueva teoría que modifica esta consideración y que pasa a estimar que no sólo debe exigirse un deber *objetivo* de cuidado sino también un deber *subjetivo*, considerándose a Schünemann como el máximo representante de esta corriente en Alemania. Para él, lo que encarna a los delitos de peligro abstracto es que el autor no haya tomado *desde su punto de vista y sus capacidades* todas las precauciones necesarias, aunque objetivamente las medidas adoptadas fueran suficientes para evitar la producción del peligro de que se trate. Roxin se muestra de acuerdo con Schünemann, pero únicamente para los supuestos de delitos referidos a un bien jurídico individual, entendiendo que no hay que adoptar restricción alguna en los delitos de peligro abstracto colectivos<sup>1139</sup>. En nuestro Derecho, se inclina por esta consideración Silva Sánchez, quien considera los delitos de peligro abstracto como “delitos de peligro real y no presunto, caracterizados por la existencia de una peligrosidad *ex ante* de la conducta, aunque sin que tenga lugar un resultado de peligro concreto para bienes jurídicos”, y

---

<sup>1138</sup> Aunque no deja de reconocer que “esta tesis no está exenta de problemas”. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, (Servicio de publicaciones de la UCM, Madrid, 1994) p. 287. En contra encontramos voces como las de Cerezo Mir, que considera que “en el tipo de los delitos de peligro abstracto no se hace referencia a estos bienes jurídicos individuales ni, por tanto, a la observancia o inobservancia del cuidado objetivamente debido para evitar su lesión (...). La realización del tipo de los delitos de peligro abstracto suele coincidir con la realización de una acción que no responde al cuidado objetivamente debido para evitar la lesión de bienes jurídicos individuales (...), pero dicha coincidencia no es necesaria”. CEREZO MIR, JOSÉ, 'Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo', *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 10 (2002). pp. 68-69. En el mismo sentido, BACIGALUPO, ENRIQUE, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, (Akal, Madrid, 1991) pp. 162 y ss. CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1999) pp. 214 y ss. GARCÍA RIVAS, NICOLÁS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, (Praxis, Barcelona, 1998) pp. 100-101. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 2010)

<sup>1139</sup> Vid. el estudio que sobre estos autores realizan MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, (Comares, Granada, 2001) pp. 223 y ss., FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, 'Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson Civitas, Navarra, 2005) p. 323 nota 36. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, (Servicio de publicaciones de la UCM, Madrid, 1994) p. 284.

cita los “delitos de mera actividad de peligro”, refiriéndose a un “peligro real aunque genérico o abstracto”, en los que se adelantan las barreras de la intervención jurídico-penal a supuestos que “en puridad, pueden entenderse como modalidades determinadas de hechos imprudentes no seguidas de resultado lesivo o peligroso alguno”<sup>1140</sup>.

Por último, para dar solución a la problemática que venimos examinando, otro sector doctrinal ha propuesto exigir la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante*, de forma que, cuando se realiza la acción, aparezca como probable la lesión del bien jurídico<sup>1141</sup>. Se trata de determinar hasta qué punto el Derecho penal puede adelantar su protección de manera legítima y, por tanto, sólo es posible considerar legítimo tal adelantamiento cuando se realiza al momento en que puede constatarse que el comportamiento prohibido y sancionable es “objetivamente capaz de afectar realmente al bien jurídico”<sup>1142</sup>. También Rodríguez Montañés opina que los delitos de

---

<sup>1140</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º del CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)', en *Derecho de la conducción* (CESEJ, Madrid, 1993) PP. 149-150. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, '¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal', *La ley*, Tomo 3 (1997). P. 1716. En contra: CEREZO MIR, JOSÉ, 'Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo', *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 10 (2002). PP. 69-70. MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, (Comares, Granada, 2001) pp. 226 y ss. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, (Servicio de publicaciones de la UCM, Madrid, 1994) PP. 289 Y SS. Aunque esta autora se muestra conforme con “la reconducción a la imprudencia en los supuestos de protección de bienes individualizables o determinables” (*vid.* pp. 304 y ss). FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, 'Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson Civitas, Navarra, 2005) pp. 324-326.

<sup>1141</sup> CEREZO MIR, JOSÉ, 'Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo', *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 10 (2002). p. 70.

<sup>1142</sup> MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, (Comares, Granada, 2001) pp.388 y ss. En el mismo sentido, MENDOZA BUERGO, BLANCA, 'La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto', *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 9 (2002). pp. 72 y ss. TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 'Peligro abstracto y garantías penales', en GONZALO QUINTERO OLIVARES & FERMÍN MORALES PRATS (eds) *El nuevo Derecho Penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz* (Aranzadi, Navarra, 2001) pp. 801-802. ESCRIVÁ GREGORI, JOSE Mª, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, (Bosch, Barcelona, 1976) pp. 72-73.

peligro abstracto se caracterizan por ser delitos en los que lo relevante es la peligrosidad *ex ante* de la conducta, sin importar que se produzca o no el resultado *ex post*, pero considera que es preciso diferenciar su tratamiento según el bien jurídico protegido<sup>1143</sup>.

De ahí que, en el caso de que la conducta ponga en peligro un bien individual, quede justificada la anticipación de la tutela penal para la necesaria protección de bienes que se entienden del más alto rango (vida, salud, integridad corporal...). Si se trata de bienes colectivos, defiende Alastuey Dobón que este adelantamiento se justifica por los nuevos riesgos que conlleva el desarrollo industrial, por su carácter difuso que hace que no se pueda determinar si se ha lesionado o no el bien al no ser un objeto material, porque la lesión no suele ser producida por un solo acto sino por la repetición de comportamientos y por la dificultad de probar la relación de causalidad conducta-resultado en estos casos<sup>1144</sup>. También Pedreira González, tratando el delito de tráfico de drogas, entiende que estas estructuras “que se configuran como barreras de protección anticipada, resultan inevitables en algunos casos para llevar a cabo una protección eficaz de los bienes jurídicos”. Recalcando que su utilización es indispensable si se “quiere proteger eficazmente determinados bienes jurídicos, normalmente de titularidad colectiva (como la salud pública, el medio ambiente, etc.)”<sup>1145</sup>.

Por otra parte, la técnica legislativa de la tipificación como delitos de peligro abstracto, parte de la idea de que, al crear el tipo penal, el legislador considera -gracias a las reglas de la experiencia- que una determinada conducta es generalmente peligrosa y la plasma en la norma penal con una cuidada y taxativa descripción, y, posteriormente,

---

<sup>1143</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, (Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2004) pp. 297 y ss. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) del Código penal (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)', en DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA & FRANCISCO SOTO NIETO (eds) *Derecho de la circulación: Aspectos civiles y penales* (CESEJ (Centro de Estudios Jurídicos), Madrid, 1993) p. 149 y nota 1.

<sup>1144</sup> ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> CARMEN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, (Comares, Granada, 2004) p. 83.

<sup>1145</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX M<sup>a</sup>, 'El tipo básico', en FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA (ed) *El delito de tráfico de drogas* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009) pp. 25-26.. En el mismo sentido, *vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 1999) p. 39.

el juez deberá comprobar que efectivamente en el caso que le ocupa, esa acción se adapta al modelo tipificado<sup>1146</sup>.

En mi opinión, y de acuerdo con la opinión antedicha, hay bienes que necesitan un adelantamiento de la tutela penal, pues si la artillería para su protección entra en combate únicamente cuando ya se ha producido un resultado, será demasiado tarde, ya que, y me estoy refiriendo al medio ambiente, que es el tema que me ocupa, si no se adelanta la intervención del Derecho penal y se evitan comportamientos que parece que aislados no suponen ningún menoscabo, se llega, tras muchas repeticiones impunes, a un resultado lesivo que ya será irreversible. De entre todas las opciones mencionadas estimo la más acertada la de la exigencia de peligrosidad *ex ante*, considerando para la construcción del tipo aquellas circunstancias que, con arreglo a la experiencia, a la ciencia o a la técnica, se sepan que son peligrosas sin necesidad de esperar a resultados *ex post*, porque en este caso ya sería demasiado tarde. Para concluir si una acción es peligrosa o no deberá el legislador utilizar las técnicas e instrumentos que la moderna ciencia pone a nuestra disposición, incluyendo entre ellos la estadística. Por ejemplo, si un arroyo con una cantidad “x” de un vertido “y” no resulta dañado, pero sí con una cantidad x+100, deberá evitarse que se llegue al vertido nº 100, penalizando ya desde el primer vertido, considerándose que, con la sola realización de la conducta, ya se está poniendo en peligro al bien jurídico protegido (medio ambiente).

En todo caso es claro que, como señala Mendoza Buergo, “tanto la creación de delitos de peligro abstracto como el mantenimiento de los ya existentes deben estar supeditados al cumplimiento de una serie de requisitos, entre los que se cuenta su respeto con los principios de garantía del Derecho penal en un Estado de Derecho”<sup>1147</sup>.

---

<sup>1146</sup> MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1992) p. 99.

<sup>1147</sup> MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, (Comares, Granada, 2001) p. 348.



### **3.4.5.3. Configuración de los delitos contra el medio ambiente como delitos de peligro abstracto<sup>1148</sup>**

Todos los problemas que plantean los delitos contra el medio ambiente -leyes penales en blanco, accesoriedad administrativa, delitos de peligro, bien jurídico colectivo...- aunque se presenten en una variedad de tipos penales, no han de hacernos olvidar que este concreto tipo de delitos (delitos contra el medio ambiente) son singulares, diferentes a los demás. Así, no debemos obviar sus particularidades, ya que, como explica Soto Navarro, los delitos ambientales no afectan sólo al sistema social sino que sus efectos se extienden más allá, hacia el sistema ecológico o biosfera<sup>1149</sup>.

Pone de relieve Rodas Monsalve que una de las causas de los problemas ambientales es el poco y mal conocimiento que tenemos de las relaciones entre las actividades humanas y los ecosistemas naturales. Aunque en algunos casos puedan identificarse las causas de los daños ambientales, no es así en otros procesos contaminantes, por lo que se hace necesaria una profundización en los estudios teóricos y experimentales. La complejidad de los procesos contaminantes hace difícil e incluso imposible en algunos casos, detallar cuál es el nexo causal entre la conducta del individuo y el resultado producido en el ambiente, “por cuanto éste puede deberse a la acumulación, sumación o unión sinérgica de diferentes elementos (...). No existe una relación lineal entre la frecuencia de emisión de un único contaminante y los posteriores efectos que pueda causar en el ambiente”. Estos efectos pueden originarse por tres circunstancias: carácter acumulativo, necesitándose en ocasiones años para poder ver el resultado nocivo; carácter sinérgico, cuando una acción contaminante se refuerza por la combinación con otros agentes contaminantes; y carácter aleatorio, en cuyo caso el efecto nocivo de una acción contaminante se debe a factores ajenos a ella, como por ejemplo, la velocidad del viento<sup>1150</sup>.

---

<sup>1148</sup> Como dije al principio de este capítulo, al hablar de delitos de peligro abstracto lo hago *lato sensu*, entendiendo subsumidos en ellos a los delitos de peligro hipotético.

<sup>1149</sup> SOTO NAVARRO, SUSANA, 'Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. (2005). p. 910.

<sup>1150</sup> RODAS MONSALVE, JULIO CÉSAR, *Protección penal y medio ambiente*, (PPU, Barcelona, 1993) pp. 251-253.

Como con buen criterio, a mi entender, señala Terradillos Basoco, lo usual es que los tipos penales encargados de la protección del medio ambiente suelen configurarse como delitos de peligro, y ello es así por varios motivos: primero, porque se trata de un bien jurídico que reclama una protección anticipada; segundo, por la dificultad de constatar si ha existido o no lesión; y tercero, si se prueba dicha lesión, por lo complicado que resultaría relacionarla con una determinada conducta, ya que el daño será consecuencia de la repetición y sus efectos acumulativos<sup>1151</sup>.

Es opinión generalizada que los delitos contra el medio ambiente deben ser delitos de peligro<sup>1152</sup>, y el propio Tribunal Supremo así lo reconoce al aseverar que “*La técnica más adecuada de protección del medio ambiente frente a las transgresiones más graves, que puedan constituir infracciones penales, es la de los delitos de peligro, pues la propia naturaleza del bien jurídico "medio ambiente" y la importancia de su protección exige adelantarla antes de que se ocasione la lesión*”<sup>1153</sup>. La discrepancia surge sobre si se deben tipificar cómo delitos de peligro abstracto o concreto<sup>1154</sup>.

---

<sup>1151</sup> TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 'Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código penal español. Luces y sombras', *Estudios penales y criminológicos*, nº 19 (1996). p. 316

<sup>1152</sup> Salvo algún autor que aboga por la tipificación de dichos delitos como de lesión. Parten en este caso de la consideración del bien jurídico medio ambiente como bien autónomo que posee la suficiente entidad para poder tipificar los atentados al mismo como delitos de lesión (ecocentrismo radical). Así, Méndez Rodríguez expone que: “En mi opinión, el hecho de que este bien jurídico posea un sustrato material, hace innecesario recurrir a una técnica de tipificación tan compleja que no sólo exige el peligro para la salud de las personas sino que además éste sea grave. El bien jurídico colectivo medio ambiente posee, en mi opinión, la suficiente entidad como para configurar un tipo prescindiendo de la referencia a la salud individual, que es un factor que no hace más que complicar la aplicación del tipo. El hecho además de que podamos, en todo caso, referirnos a un sustrato material, posibilita la determinación de la lesión de forma mucho más fácil que en los bienes jurídicos inmateriales” MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, (Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1993) p. 224. *Vid.* también: PRATS CANUT, JOSÉ MIGUEL & MARQUÈS I BANQUÉ, MARÍA, 'De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente', en GONZALO QUINTERO OLIVARES & FERMÍN MORALES PRATS (eds) *Comentarios al nuevo Código penal* (Aranzadi, Navarra, 2005) p. 1733. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, (Colección Justicia Penal. Atelier, Barcelona, 2012) p. 100.

<sup>1153</sup> STS 152/2012 de 2 marzo, [RJ 2012/3669], FD 6.

<sup>1154</sup> Mata Martín considera que los delitos contra el medio ambiente mencionados en el segundo inciso del art. 325.1 son bienes intermedios. Es estos casos, como se defiende a la vez un bien jurídico colectivo (medio ambiente) y uno individual (salud de las personas), estos delitos pueden adoptar la forma de

Gran parte de esta disquisición viene asociada a si se considera al medio ambiente como un bien jurídico autónomo o vinculado a bienes jurídicos individuales. Dado que la opción que considero más acertada es la ecocéntrica moderada, es decir, la de considerar al medio ambiente como un bien jurídico independiente, estimo que la técnica más apropiada para su protección es la de los delitos de peligro abstracto. También, como hemos visto, la mayoría de la doctrina se decanta por la concepción ecocéntrica moderada o ecoantropocéntrica, por lo que la opción más extendida es la de considerar que los delitos medioambientales deben ser protegidos mediante su tipificación como delitos de peligro abstracto, sin que falten voces que consideran que esto supone adelantar en exceso la intervención penal o, como en el caso de Silva Sánchez, defensor del antropocentrismo, que aunque reconoce que “se ha sostenido por muchos que los delitos de peligro abstracto constituyen el mecanismo técnico más adecuado en materia medioambiental”, estima que “conviene no sobrevalorar los beneficios de esta técnica”<sup>1155</sup>.

Sostiene Terradillos Basoco, y me adhiero a su opinión, que es adecuada la utilización de tipos de peligro abstracto siempre que se parta de la importancia y características del bien jurídico a tutelar<sup>1156</sup>. Pues bien, considero que el medio ambiente tiene la suficiente importancia -como ya argumenté en el capítulo correspondiente- y, desde luego -como se ha venido repitiendo- presenta las características más adecuadas para la utilización de esta técnica legislativa.

Aunque pudiera parecer lo contrario, la configuración como delitos de peligro concreto acentuaría el grado de incertidumbre, mientras que con los delitos de peligro abstracto ocurre lo contrario, al reducirse los márgenes de discrecionalidad judicial en el momento de valorar la existencia del peligro. Esto es así, porque la discrecionalidad del

---

delitos de lesión-peligro, lesión para el bien jurídico colectivo y peligro para el bien jurídico individual. MATA Y MARTÍN, RICARDO M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, (Comares, Granada, 1997) pp. 55 y ss.

<sup>1155</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, '¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal', *La ley*, Tomo 3 (1997). p. 1716.

<sup>1156</sup> TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 'Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código penal español. Luces y sombras', *Estudios penales y criminológicos*, nº 19 (1996). p. 317.

juez es reducida, ya que la ley describe taxativamente cuáles son los comportamientos punibles como generadores de peligro y no se le exigen a aquel conocimientos técnicos. Aún más, cuando un bien es de interés general que afecta a la colectividad -como el caso del medio ambiente- su carácter difuso dificulta la individualización de las actuaciones lesivas, sobre todo en el caso del bien jurídico que nos ocupa, cuando éste no resulta dañado por una actuación aislada sino por la repetición de la misma<sup>1157</sup>. La labor del juez evitaría que se pudiese llegar al absurdo de considerar cualquier conducta como realizadora del tipo, al estudiar cuáles son las que se ajustan al contenido de la norma y al admitir prueba en contrario<sup>1158</sup>.

Vercher Noguera, prescindiendo del debate delitos de peligro abstracto vs peligro concreto para la tipificación de los delitos contra el medio ambiente y con una visión “eminentemente práctica”, según sus propias palabras, considera que los delitos de peligro concreto suponen una proyección limitada y cree que se debería “distinguir el grado de peligrosidad de los distintos elementos contaminantes y, en razón de la misma, considerar la existencia de un supuesto de peligro concreto o abstracto. Es evidente que a mayor peligrosidad, menor necesidad de tener que probar ese peligro ante la autoridad judicial”<sup>1159</sup>.

Así pues, creo que la opción más adecuada para la configuración de los delitos encargados de la protección del medio ambiente es la de su estructuración como delitos de peligro abstracto y ello debido a las características antedichas de este bien jurídico, que precisa de una respuesta adelantada del Derecho penal, pero no de una respuesta cualquiera. A mi modo de ver, la configuración como delitos de peligro concreto no es suficiente porque, como venimos diciendo, en este ámbito, los efectos dañinos de una conducta para este bien pueden tardar años en detectarse. Una sola acción no basta, pero

---

<sup>1157</sup> MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1992) pp. 104-105. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1998) p. 70.

<sup>1158</sup> MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1992) pp. 106-107. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1998) pp. 72-73.

<sup>1159</sup> VERCHER NOGUERA, ANTONIO, et al., *Responsabilidad ambiental penal, civil y administrativa*, (Ecoiuris, Madrid, 2003) p. 29.

la acumulación de muchas sí, para ocasionar un resultado lesivo, por lo que hay que entender que esa conducta, con resultado inmediato o no, está poniendo en peligro al bien jurídico-penal medio ambiente. Esta consideración de la conducta como creadora del peligro sin necesidad de tener que buscar un nexo casual entre la conducta y el resultado se consigue con la adopción de la figura del peligro abstracto<sup>1160</sup>.

Asimismo, considero que la caracterización de los delitos contra el medio ambiente como delitos de peligro abstracto simplifica el juicio de causalidad entre la actuación contaminadora y la efectiva puesta en peligro de los recursos naturales, dado que en este ámbito lo más frecuente es el fenómeno de la causalidad acumulativa y la producción del resultado de peligro tras un lapso de tiempo<sup>1161</sup>.

Estimo conveniente transcribir a continuación el Fundamento de Derecho 6 c de la Sentencia de 18 de enero de 1995 de la Audiencia Provincial de Córdoba, porque creo que sintetiza muy bien el por qué de la consideración de la técnica de los delitos de peligro abstracto como la más adecuada para la protección del bien jurídico medio ambiente: *Sin perjuicio de que se pueda estimar más deseable, de «lege ferenda», por*

---

<sup>1160</sup> Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, 'Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España', *Estudios penales y criminológicos*, nº 5 (1980-1981). p. 310. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, (Colex, Madrid, 1998) . BACIGALUPO, ENRIQUE, 'La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente', *Estudios penales y criminológicos*, nº 5 (1980-1981). p. 203.

<sup>1161</sup> En el mismo sentido, vid. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, '¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal', *La ley*, Tomo 3 (1997). p. 1716, FUENTES OSORIO, JUAN LUIS, '¿Delito ecológico como delito de peligro abstracto?', *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14-17 (2012). p. 6, TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Derecho penal del medio ambiente*, (Trotta, Madrid, 1997) p. 48. DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, 'Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental', *revista penal*, nº 4 (septiembre-octubre 1999). p. 37, ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> CARMEN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, (Comares, Granada, 2004) p. 124., MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Derecho penal del medio ambiente*, (Iustel, Madrid, 2008) p. 113. MENDO ESTRELLA, ÁLVARO, 'La compleja estructura de peligro en el denominado delito ecológico del artículo 325.1 del Código penal: algunas alternativas', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. LXI (2008). PP. 249-250. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, (Colección Justicia Penal. Atelier, Barcelona, 2012) pp. 106 y ss. LOZANO CUTANDA, BLANCA, *Derecho ambiental administrativo*, 1<sup>a</sup> ed. La Ley, 11<sup>a</sup> ed. de la obra, (La Ley, Madrid, 2010) p. 766..

*razones de eficacia de la protección penal del ambiente el empleo de la técnica del peligro abstracto y así un sector doctrinal lo destaca con varios argumentos: a) reducir la arbitrariedad judicial para determinar si en concreto se ha puesto en una situación de peligro o algún concreto bien; b) facultar la labor del juzgador en la aplicación de la norma no requiriéndose conocimientos técnicos para comprobar la creación de peligro, bastando comprobar que se ha producido la situación de peligro descrita en la norma; c) se elimina el factor azar en el nacimiento de la responsabilidad penal pues no depende de que se haya puesto en peligro o no un determinado bien sino que basta que se haya causado la situación peligrosa que prevé la norma; d) es preferible en aquellas conductas que afecten a intereses colectivos y que se reiteran o repiten siendo imposible la individualización de las actuaciones que lo lesionan; y e) permite superar el escollo de la prueba del nexo causal entre la conducta y la situación de peligro concreto”<sup>1162</sup>.*

En cuanto al caso concreto de nuestro Derecho, y aunque no es el objeto de estudio en este trabajo el análisis del art. 325 Cp ni de su antecedente el art. 347 bis del anterior Cp, podemos observar que la jurisprudencia se orientó en un primer momento a considerar el art. 325 Cp<sup>1163</sup> como un delito de peligro concreto, al igual que su predecesor el art. 347 bis del antiguo Código penal<sup>1164</sup>, apreciándose después un cambio

---

<sup>1162</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 18 de enero de 1995, [ARP 1995/98], Fundamento de Derecho 6º c).

<sup>1163</sup> Art. 325 Cp: “Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.

<sup>1164</sup> Art. 347 bis ACp: “Será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 175.000 a 5.000.000 pts el que, contraviniendo las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas, que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. Se impondrá la pena superior en grado si la industria funcionara clandestinamente, sin haber obtenido la

de orientación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que más adelante optó por considerarlo un delito de peligro abstracto *strictu sensu* y últimamente se ha decantado por entenderlo como delito de peligro hipotético o potencial (peligro abstracto *lato sensu*)<sup>1165</sup>.

Explica el paso de la consideración como delitos de peligro concreto a peligro abstracto en las conductas tipificadas en el art. 325 Cp, la STS 1828/2002 de 25 de octubre (RJ 2002\10461), al señalar que “*en el art. 325 CP incorpora el legislador un planteamiento político-criminal diverso del contenido en la anterior regulación, pues opta por configurar el delito como una infracción de peligro abstracto*” y comenta la evolución antes mencionada de esta manera: “*La jurisprudencia posterior a la entrada*

---

*preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, o se hubieren desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiere obstaculizado la actividad inspectora de la Administración. También se impondrá la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originaren un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico. En todos los casos previstos en este artículo podrá acordarse la clausura temporal o definitiva del establecimiento, pudiendo el Tribunal proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores*”.

<sup>1165</sup> STS 141/2008, de 8 de abril [RJ 2008/1852], FD 4: “*Un sector doctrinal estima que es insatisfactoria la forma de estructurarlo como delito de peligro concreto, que es lo que se había consolidado en la jurisprudencia de esta Sala - SS. 11-3-1992 ( RJ 1992, 4319 ) , 16-12-1998 ( RJ 1998, 10088 ) , que fue la primera tras la vigencia del nuevo Código, 14-2-2001 ( RJ 2001, 1240 ) , 30-1-2002 ( RJ 2002, 3065 ) y 26-6-2002 ( RJ 2002, 7214 ) -, sugiriéndose, como más acertado considerarlo como de peligro hipotético (...). Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una figura delictiva de peligro hipotético o potencial*”. En el mismo sentido, STS 388/2003, de 1 de abril [RJ 2003/4062], FD 7: “*Pero, como ha señalado acertadamente esta doctrina, aunque nuestra jurisprudencia haya calificado formalmente hasta fecha reciente esta modalidad delictiva como de peligro concreto, en realidad los criterios utilizados para determinar la concurrencia del peligro en el delito ecológico eran desde hace tiempo más propios de los delitos de peligro hipotético o potencial que de los delitos de peligro concreto, en sentido estricto.*

*Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una figura delictiva de peligro hipotético o potencial*”.

en vigor del Código Penal de 1995 ha venido aplicando al nuevo art. 325 los mismos criterios interpretativos que se habían consolidado con relación al art. 347 bis CP/1973, es decir, interpretándolo como una modalidad de delito de peligro concreto. Pero no debe perderse de vista que se ha tratado de pronunciamientos referentes a supuestos en los que, bien como ocurre en el presente, la creación de un peligro concreto para el medio ambiente era evidente ( SSTS de 17 de septiembre de 2001 [ RJ 2001, 7728] y 13 de marzo de 2000 [ RJ 2000, 3315] ); bien se excluía la del propio carácter peligroso de la acción ( SSTS de 23 de noviembre de 2001 [ RJ 2002, 618] y 16 de diciembre de 1998 [ RJ 1998, 10088] ) o que la misma entrañara una infracción de las disposiciones legales y reglamentarias protectoras del medio ambiente ( STS de 27 de abril de 2001 [ RJ 2001, 3601] ); o bien se enjuiciaban conductas desarrolladas durante la vigencia del Código Penal anterior ( SSTS de 19 de mayo de 1999 [ RJ 1999, 5409] , 16 de diciembre de 1998 [ RJ 1998, 10088] y 1 de febrero de 1997 [ RJ 1997, 687] ). Sin embargo una clara evolución en la jurisprudencia hacia una interpretación del art. 325 CP próxima a la contenida en la presente sentencia aparece ya en la STS de 12 de diciembre de 2000 ( RJ 2000, 9790), en la que se declara que el mero vertido de las sustancias contaminantes en un cauce fluvial es suficiente para estimar cometido un delito medioambiental, sin que resulte necesaria la acreditación de que tales productos tóxicos habían resultado causantes de la contaminación de los pozos subterráneos; y más claramente, en la STS de 9 de octubre de 2000, en la que se declara cometido un delito medioambiental sin entrar a determinar la causación de un peligro concreto para el medio ambiente”. En la misma sentencia, nuestro Alto Tribunal explica qué implica la caracterización de los delitos contra el medio ambiente como de peligro abstracto, al manifestar que “la configuración del delito medioambiental como un delito de peligro abstracto determina que dicho «peligro abstracto no puede depender del peligro concreto generado, sino de la realización de la acción peligrosa en sí misma»”<sup>1166</sup>.

La primera sentencia en la que se conceptúa al delito ecológico como de peligro hipotético es la STS 388/2003<sup>1167</sup>, en la que explica por qué en un principio se acudió a la figura del delito de peligro concreto: “No ha de olvidarse que la doctrina jurisprudencial más reciente ( STS 1828/2002, de 25 de octubre, STS 52/2003 , sobre

<sup>1166</sup> STS 1828/2002 de 25 de octubre [RJ 2002/10461], FD 1.

<sup>1167</sup> STS 388/2003, de 1 de abril [RJ 2003/4062], FD 7.



*contaminación acústica), al destacar la naturaleza como delito de peligro del tipo definido en el art. 325 del Código Penal de 1995, ya no califica el peligro como concreto, pues en realidad la naturaleza de este tipo delictivo debe configurarse como de peligro hipotético, a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto.*

*En estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro.*

*(...) En lo que se refiere al delito ecológico, la reiterada calificación jurisprudencial como delito de peligro concreto tenía la finalidad de poner de relieve la necesaria distinción entre el tipo delictivo y las infracciones administrativas correlativas, destacando para ello que el delito ecológico no podía configurarse como delito de peligro abstracto «stricto sensu». Ha de tenerse en cuenta que cuando esta configuración jurisprudencial se inició y conformó, la categoría intermedia de los delitos de peligro hipotético no se encontraba todavía plenamente consolidada en la doctrina penal española”.*

También la STS de 8 de abril de 2008<sup>1168</sup> configura el delito del art. 325 como de peligro hipotético: *“Los hechos constituyen el delito doloso del art. 325 del Código penal que es un delito de peligro hipotético. (...) En la Sentencia del Tribunal Supremo de 24-6-2004 se dejó establecido que después de algunas resoluciones en otros sentidos, la última jurisprudencia se ha inclinado por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial ( STS núm. 388/2003, de 1 de abril). De acuerdo con ello, es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido.*

---

<sup>1168</sup> STS 141/2008, de 8 de abril [RJ 2008/1852], FD 4. En el mismo sentido, SSTs 81/2008, de 13 de febrero [RJ 2008/1973], FD 19; 916/2008, de 30 de diciembre [RJ 2009/1380], FD 2.

*Por lo tanto, en primer lugar, la conducta debe ser una de las previstas de forma muy amplia en el art. 325, y debe estar descrita con suficiente precisión para permitir la valoración a la que se ha hecho referencia.*

*En segundo lugar, una vez precisada la conducta, debe identificarse el riesgo creado o que la conducta es capaz de crear, o, en su caso, el daño causado como concreción de tal riesgo. Es decir, en definitiva, es necesario individualizar el posible perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales o para la salud de las personas. Como hemos dicho, lo decisivo en este aspecto es que se trate de una conducta que crea un riesgo, que puede concurrir o no con otras conductas diferentes. La existencia de un daño efectivo no es necesaria para la consumación del delito, pero es un dato que en ocasiones permite identificar la conducta que lo ha ocasionado a través del examen de la causalidad, y someterla a valoración”. Y aclara lo que implica la apreciación del tipo del art. 325 como delito de peligro hipotético: “En estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro.*

*La categoría de los denominados delitos de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético no requiere la concreción del peligro en proximidad de amenaza para un bien determinado. Basta la producción de un estado de riesgo pero desde la perspectiva meramente ex ante.*

*Esa tipificación se asimila a la de los tipos de resultado en la medida que aquel estado de riesgo ha de valorarse en cuanto resultado separado de la conducta. Ello no impide que la existencia del delito se constate por la mera concurrencia de la conducta típica sin que la verificación deba extenderse a la valoración de ese resultado, que resulta implícito en la tipificación del comportamiento por el legislador”. De igual manera ya se explicaba esta condición en la STS de 30 de mayo de 2007<sup>1169</sup>, con estas*

---

<sup>1169</sup> STS 486/2007, de 30 de mayo [RJ 2007/3725], FD 4.

palabras: *“En definitiva, en estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro ( STS 388/2003, 1 de abril )”*.

Por su parte, la reciente STS de 2 de marzo de 2012, explica el cambio de consideración del delito tipificado en el art. 325 Cp, ya no como delito de peligro abstracto *strictu sensu*, sino como delito de peligro hipotético o potencial, al manifestar que *“Se ha suscitado discusión doctrinal sobre si se trata de un delito de peligro abstracto o de mera actividad o bien se exige un peligro concreto para las personas o la naturaleza. Hay sentencias de la Sala Penal del Tribunal Supremo que se inclinan por considerarla de peligro abstracto. De ello es exponente la Sentencia 1828/2002, de 25 de octubre , en la que se declara que en el art. 325 CP incorpora el legislador un planteamiento político-criminal diverso del contenido en la anterior regulación, pues opta por configurar el delito como una infracción de peligro abstracto en cuanto renuncia a incorporar referencia alguna a la producción de un peligro concreto y extiende la punición a todas las actividades de vertido, emisión, etc, que "que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales", previendo una agravación de la pena para aquellos supuestos en los que "el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas". En cualquier caso, no debe perderse de vista que si bien la configuración del delito contra el medio ambiente del art. 325 CP permite eludir, en cierta manera, los problemas de causalidad, sí que resultará imprescindible la rigurosa comprobación de que la conducta desarrollada ha resultado adecuada e idónea para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales (cfr. STS de 3 de abril de 1995 ). Sentencias posteriores se han inclinado por considerar que se trata de un delito de peligro hipotético o potencial ( STS nº 388/2003, de 1 de abril y 821/2004, de 24 de junio). De acuerdo con ello, es preciso acreditar que la conducta de que se trate, en las condiciones en que se ejecuta, además de vulnerar las normas protectoras del medio ambiente, es idónea para originar un riesgo grave para el bien jurídico protegido.*

Resulta también curioso constatar que en otras sentencias el Tribunal Supremo quita importancia al tipo de peligro que se acoja y pone el acento en la gravedad del peligro para que pueda constatarse el tipo penal: *“Se acoja la estructura del tipo penal que se acoja, de peligro concreto, abstracto, abstracto–concreto o hipotético, como últimamente se afirma en la doctrina y jurisprudencia de esta Sala, lo cierto es que debe concurrir un peligro grave para el medio ambiente, elemento del tipo valorativo y excesivamente ambiguo que, como ha destacado la doctrina, ha determinado que la aplicación forense de este elemento no haya abandonado el ámbito de lo inseguro, lo que hace preciso que desde la jurisprudencia, en su función nomofiláctica, proporcione criterios que permitan otorgar la necesaria seguridad en la aplicación de la norma a través las sentencias. En este sentido (...) dijimos que «esta exigencia atribuye a los tribunales una labor de concreción típica. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor ( )». La valoración que hace el tribunal es inmune... en lo que dependa de la inmediación, pero es revisable en su racional expresión, atendiendo siempre a la naturaleza y sentido casacional utilizado. (...) «el peligro equivale a la relevante posibilidad de que llegue a producirse un efecto temido. Se trata de un elemento constitutivo del tipo penal cuya concurrencia debe determinarse, en concreto, mediante la prueba... A tal efecto no puede perderse de vista que el Código Penal cifra la concreción del peligro en la intensidad de la incidencia contaminante. Es el índice de ésta, cuando sea susceptible de connotarse con el rasgo típico de gravedad, el que dará relevancia penal a la conducta».*

*Parece seguro referenciar el criterio de la gravedad del perjuicio a la intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en definitiva, a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo”.*

*En todo caso, estos criterios necesitan de una prueba pericial que lo exponga, al menos que el Juez sea asesorado pericialmente por expertos que expongan los criterios anteriormente relacionados y sobre los que se establezca la necesaria contradicción*

*evitando que las percepciones del Juez se conviertan en presupuesto inseguro en la aplicación del tipo penal*<sup>1170</sup>.

Opino que, puesto que el Derecho penal tiene como elemento nuclear de su existencia la protección de los bienes jurídicos, la tipificación de los delitos de peligro abstracto puede ser compatible con los límites del *ius puniendi* siempre que se configuren para la defensa de un bien jurídico tan valioso que justifique el adelantamiento del Derecho penal<sup>1171</sup>. A este respecto, y como he mencionado antes, creo que el medio ambiente ocupa un lugar preeminente en la escala de valores de los bienes jurídicos, por lo que considero una opción adecuada para la tipificación de los delitos ambientales, como la doctrina mayoritaria defiende, su configuración como delitos de peligro abstracto. Si el medio ambiente es un bien jurídico indispensable para la subsistencia, se entiende necesaria una intervención adelantada del Derecho penal para su protección. Por otra parte, también considero recomendable esta opción porque, al ser el medio ambiente un bien de contornos imprecisos al que, como hemos visto, resulta difícil definir, puede llegar a ser complicado en muchos casos probar la efectiva lesión al mismo, además de que, normalmente en el caso de los ataques al medio ambiente, el daño no se hace constatable con la primera conducta lesiva, sino que es preciso una reiteración de la misma, por lo que entiendo que es preciso que el Derecho penal entre en juego para atajar dichos comportamientos, antes de que sea demasiado tarde, la lesión se produzca y se pierda un elemento valioso y necesario de nuestro medio ambiente.

El legislador ha optado, a mi modo de ver, en el art. 325 Cp por una tipificación de los delitos contra el medio ambiente como delitos de peligro abstracto-concreto, al establecer, en primer lugar, las acciones que dan lugar a la realización del tipo sin necesidad de que exista lesión evidente tras su ejecución, y en segundo lugar, al requerimiento de que dichas actuaciones “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, reclamándose por tanto una sospecha -conforme a los

---

<sup>1170</sup> STS 849/2004, de 30 de junio [RJ 2004/5085], FD Único. En el mismo sentido, SSTs 96/2002, de 30 de enero [RJ 2002/3065], 105/99, de 27 de enero [RJ 1999/826], FD 5 y 194/2001, de 14 de febrero [RJ 2001/1240], FD 1.

<sup>1171</sup> Opinión también defendida por Rodríguez Montañés en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, (Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2004) p. 351.

conocimientos actuales de la ciencia- de que ese comportamiento puede, efectivamente, ser un peligro ambiental, aunque en ese concreto momento no podamos constatar el resultado lesivo de manera inmediata.

Concuerdo, por tanto, con la más reciente doctrina del Tribunal Supremo que rechaza la consideración de los delitos contra el medio ambiente tipificados en nuestro Código penal como delitos de peligro concreto y se decanta por considerar su estructura como delitos de peligro abstracto *lato sensu* o, como vienen sosteniendo últimamente, delitos de peligro hipotético o potencial, ya que ni el tenor literal del art. 325 Cp expresa la exigencia de un peligro concreto ni la estructura del tipo lo exige. Pero, tampoco podemos entenderlo configurado como un delito de peligro abstracto *stricto sensu*, pues se requiere esa nota de aptitud, de idoneidad para la producción de un peligro, que no cualquier actividad de las citadas en el mencionado artículo puede abarcar. Pensemos, por ejemplo, en lo absurdo que sería considerar delictivo un vertido de agua, o, por seguir con el mismo ejemplo, una emisión de vapor de agua, por el hecho de ser un vertido o una emisión. Es decir, no basta la simple actividad, sino que también ha de verificarse que el vertido o la emisión puedan ser perjudiciales para el medio ambiente.

Ahora bien, considerando la gran importancia del medio ambiente como bien jurídico prioritario, no sólo en nuestros días, sino también como herencia para generaciones futuras, no considero adecuada la valoración de los ataques contra el mismo como delitos de peligro abstracto-concreto, si esta última coletilla supone un “levantamiento de mano” o permisividad con las conductas respecto de las cuales no se sepa, porque todavía la ciencia no haya llegado a ello, si son o no lesivas para el ambiente. Quiero decir que es posible que se realicen actividades de las que no existan datos científicos ni estadísticos ni antecedentes en uno u otro sentido (lesivo o no lesivo) y, por tanto, no se pueda asegurar fehacientemente que son inofensivas. Es posible que se descubra un nuevo elemento, puro o como resultado de la mezcla de varios, y -como nuevo que es- no se pueda garantizar su inocuidad o, incluso sin ser nuevo, que sea un elemento sobre el que no se haya investigado bien acerca de sus posibles consecuencias dañosas. En estos casos, ¿se debe considerar apto para la producción de un peligro medioambiental? Mi opinión es que sí, de forma y manera que la idoneidad para producir peligro al bien jurídico protegido -medio ambiente- provenga de cualquier acción de las mencionadas en el art. 325 Cp cuyas consecuencias o elementos no hayan

sido científicamente reconocidos como inofensivos para producir una contaminación dañina.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** No fue hasta hace relativamente pocos años que se ha tomado conciencia mundial sobre el carácter limitado de los recursos y la necesidad de proteger el medio ambiente, tanto en el ámbito internacional, donde las cuestiones sobre el medio ambiente se abordaron por primera vez en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo 1972, siendo el primer antecedente legislativo, precisamente, la Declaración de Estocolmo sobre Ambiente Humano de ese mismo año, como en la Unión Europea, donde la evolución ha sido radical, de modo que se ha pasado de no mencionar al medio ambiente -ni siquiera de manera indirecta- en los Tratados Constitutivos, a que ocupe en la actualidad uno de los primeros y más importantes puestos en sus objetivos, políticas y líneas de actuación, y no sólo a nivel europeo sino también a escala mundial. El origen de la decisión política de comprometerse en la protección del medio ambiente puede encontrarse en la Comunicación de la Comisión de 22 de julio de 1971, aunque fue en la Cumbre de París de 1972 cuando se asumió decididamente la protección del medio ambiente como misión propia de la Comunidad.

**SEGUNDA.-** Uno de los principales instrumentos empleados en la lucha contra la degradación medioambiental es el Protocolo de Kioto. La UE ratificó el PK el 31 de mayo de 2002 y desde entonces la política de la Unión ha sido no sólo cumplir lo dispuesto en el Protocolo, sino ir más allá, presentando propuestas para mejorar los objetivos de reducción de emisiones en las diferentes cumbres anuales que se han venido celebrando sobre el tema. Es precisamente el protocolo sucesor de Kioto (adoptado en la Cumbre de Doha de 2012) el que ha generado más problemas, pues los Estados no se ponían de acuerdo en las medidas a adoptar, destacando a este respecto dos posturas: la de la UE, que se ha erigido en líder mundial para la protección del medio ambiente y el cambio climático, presentando ambiciosas estrategias, y la de los EE.UU., que se negó a ratificar el PK alegando que afectaría a su política económica y a la competitividad de sus empresas, y sosteniendo que es cada país quien debe fijar sus propios límites, ya que debe ser la economía privada -vía desarrollo tecnológico- quien



marque el camino. Esto, con razón, ha sido muy criticado, al entender que supone una competencia desleal respecto de los Estados que, por cumplir el Protocolo, adoptan medidas que pueden afectar a la competitividad de sus mercados. Además, por otro lado, creo que dejar toda la iniciativa a la economía privada conlleva un riesgo, porque puede suponer tanto un avance como un retroceso, ya que implica dejar al arbitrio de las empresas que ellas decidan o no invertir en mejorar el medio ambiente, y sólo lo harán si a ellas les repercute en suficientes beneficios económicos como para que les merezca la pena el esfuerzo.

En mi opinión, aunque incompleto, el Protocolo de Kioto es un buen instrumento jurídico para la protección del medio ambiente, porque supone un gran paso adelante en dicho ámbito, al pasar de consideraciones meramente retóricas a concreciones prácticas, a adoptar un acuerdo vinculante, en el que se exigen unos resultados determinados, en un plazo concreto. Me parece acertado el sistema de “reparto de carga”, aunque en un principio pudiera pensarse que el problema sería que los países más ricos tendrían más poder al convertir el mercado de créditos en un “yo pago para poder seguir contaminando”, mediante la compra de acciones a los países que, por su limitada economía, no pudieran seguir ese ritmo industrial y, por tanto, contaminante. Pero esto no es así, porque sólo se puede usar el mercado de créditos entre países integrados en el Anexo I, a los que se les supone un nivel económico más o menos equivalente y, en el caso de las reducciones certificadas, estos pagos sirven para ayudar a que los países en desarrollo puedan crecer sin contaminar (tanto).

Otro problema que, a mi entender, queda sin resolver con el Protocolo de Kioto son las emisiones de los países en vías de desarrollo que vienen “pisando fuerte”, como, por ejemplo, el caso de China, que en emisiones mundiales ocupa el segundo lugar. Ellos se defienden alegando que, en realidad, las emisiones deberían calcularse en emisiones *per capita* y no por Estado, en cuyo caso su nivel de emisiones sería insignificante, y que los países desarrollados llevan mucho tiempo contaminando y ellos acaban de empezar. En cualquier caso, si observamos el gráfico de los niveles de contaminación ambiental mundial vemos que ésta, que era producida fundamentalmente en EE. UU. y Europa, ha bajado en estos lugares y ha aumentado en China, porque en realidad lo que ha tenido lugar es un traslado de la producción contaminante. Así, las industrias que contaminan en China son las que antes lo hacían en Europa y EE.UU

fabricando productos para consumidores de estas zonas, lo que parece sugerir que, en realidad, lo que debería plantearse es un cambio en el modelo de consumo. También sería bueno hacer un esfuerzo internacional para ayudar a los países emergentes a que puedan implementar medidas de conservación del medio ambiente en su desarrollo económico e industrial. Otro problema del Protocolo de Kioto es que sólo se ocupa de la contaminación del aire a través de seis gases, cuando, aunque está científicamente constatado que ha aumentado la temperatura del planeta, no lo está que sea debido a la emisión de esos gases, dejando de lado otras fuentes de contaminación como, por ejemplo, los vertidos a las aguas, que también ocupan un lugar muy importante en la escala de la contaminación planetaria.

**TERCERA.-** La naturaleza política de la Unión Europea no es la de una Federación de Estados ni la de un Estado federal, sino la de un ente supranacional *sui generis*. Sin dejar de reconocer que, dado el modelo político actual de la Unión Europea, para el Derecho penal se generan problemas propios de un sistema federal, pues deben convivir dos ordenamientos jurídicos autonómicos, opino que estamos ante un ente supranacional *sui generis* y no ante un sistema federal, porque, en primer lugar, no ha habido ningún proceso constituyente que disuelva la identidad nacional de los Estados miembros y cree una nueva Comunidad política; en segundo lugar, porque el órgano legislativo de la Unión Europea no puede crear delitos o fijar penas directamente, como en un sistema federal clásico, sino que sólo puede determinar qué conductas han de ser perseguidas penalmente, dejando que sean los legisladores nacionales quienes describan detalladamente el tipo en cuestión y la pena asociada al mismo; en tercer lugar, no existe un Tribunal europeo a modo de Tribunal Federal, sino que se trata de leyes nacionales que aplican tribunales nacionales con base, eso sí, en una normativa “condicionada” por un ente superior (la Unión Europea) y con un modelo procesal nacional; y, en cuarto y último lugar, porque siendo la regla de la unanimidad una de las principales características de una Confederación de Estados, en la Unión Europea no se aplica esta regla con carácter general, sino únicamente en un número minoritario de materias, pero que son las fundamentales, las más estrechamente relacionadas con la idea de soberanía. Por tanto, podemos afirmar que el Ordenamiento jurídico comunitario es “un ordenamiento propio, independiente y *sui generis*.”

Por otra parte, el Derecho penal de la Unión Europea es un Derecho transnacional y no internacional, ya que se trata de un Derecho basado en un sistema de compromisos adquiridos mediante tratados que imponen a los Estados miembros la tipificación de ciertas conductas y que, por tanto, no puede hacerse efectiva hasta que la ley nacional las incorpore. En tales casos no responde el individuo por la comisión del delito ante un tribunal internacional; únicamente, en caso de incumplimiento del tratado, respondería el Estado.

**CUARTA.-** Son varios los obstáculos que encuentra la entrada del Derecho penal en el sistema legal de la UE, como el principio de legalidad (ya que unos ordenamientos lo tienen codificado y otros no) la validez de la ley penal en el espacio, la elección de las penas, la diversidad de contenidos penales, el principio humanitario de las penas y su función resocializadora, las medidas de seguridad, los límites de la tentativa, el valor del error de Derecho, el arrepentimiento voluntario... Sin embargo, son un par de cuestiones las que aparecen como los grandes obstáculos a estos efectos: el principio de soberanía y el déficit democrático de las instituciones unitarias.

El principio de soberanía se presenta como un escollo porque, aunque se han producido varios intentos (fracasados) de introducir un sistema de Derecho penal en la UE, se ha observado desde el principio una tenaz resistencia de los Estados a ceder competencias propias de su soberanía nacional, siendo la principal de estas competencias precisamente el Derecho penal, impedimento que ha sido reconocido, incluso, por el TJUE. Sin embargo, creo que la soberanía nacional ya no puede argumentarse como principal obstáculo a la existencia de un Derecho penal europeo, pues desde el momento en que un Estado miembro decide ingresar en la Unión Europea, está reconociendo la cesión de parte de sus competencias soberanas. Recordemos la naturaleza *sui generis* de la Unión Europea, que, como reconoce el TJUE, entre otras cosas, exige un cierto grado de transferencia de potestades soberanas. Y es que, por más que cada Estado legisle en materia penal, debe tener en cuenta que los valores que ha de proteger no son exclusivos de su ámbito nacional, sino compartidos, porque son inseparables del “hecho europeo”, y que la necesidad de alcanzar esa unión supone que hayan de existir políticas comunes en diferentes ámbitos que, a su vez, producen el nacimiento o la modificación de bienes jurídicos que, aunque ya existan en los ordenamientos internos, deben adaptarse a esa política y a esos intereses comunes. Es

decir, que puesto que hablamos de bienes jurídicos comunitarios, la defensa jurídico-penal de los mismos se ha convertido en competencia de la Unión. Además, el Derecho comunitario incide de manera directa e indirecta en el Derecho penal de los Estados miembros; valga como ejemplo, en nuestro Ordenamiento, la L.O. 5/2010 de modificación del Cp, que introduce o reforma numerosos tipos penales atendiendo a las reclamaciones del Derecho comunitario. Cada Estado miembro propone, pero, nos guste o no, es la Unión Europea quien dispone y las competencias de la Unión en materia penal son cada vez mayores.

No obstante, sí es cierto que siguen quedando reductos en los que el Derecho comunitario todavía no ha incidido y que siguen siendo terreno del legislador nacional, como por ejemplo, en la parte general del Derecho penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o, en la parte especial, las sanciones concretas a imponer para cada infracción, así como también existen parcelas en las que se permite a los Estados miembros renunciar a la aplicación de los preceptos europeos.

El segundo gran obstáculo, lo constituye el llamado déficit democrático de las instituciones unitarias. En España, por ejemplo, las disposiciones penales siempre han de tener rango de Ley y, si afectan a los Derechos Fundamentales, de Ley Orgánica. En los ordenamientos internos el Poder Legislativo se otorga a los Parlamentos nacionales, elegidos democráticamente por los ciudadanos, mientras que el Poder Ejecutivo es el encargado de hacer cumplir las leyes. En la Unión Europea la competencia para legislar recae mayoritariamente sobre el Consejo Europeo, órgano formado por un Ministro de cada Estado miembro, es decir, por los componentes del Poder Ejecutivo. Ahí surgen los problemas: se permite que un órgano administrativo condicione a una ley nacional.

El Tratado de Lisboa ha introducido cambios en esta materia y ha ampliado la esfera de competencias en las que el Parlamento Europeo puede co-legislar junto con el Consejo, además de introducir la posibilidad de la iniciativa popular. Esto hace que haya quien considere que sí existe legitimación democrática, puesto que los ciudadanos europeos eligen a sus representantes y luego éstos deciden. Sin embargo, no estoy de acuerdo con esta apreciación, porque el Derecho penal exige una legitimación democrática *directa* y, en el ámbito europeo, nos encontramos ante una legitimación indirecta. Los ciudadanos no eligen a los miembros del Consejo, eligen, sí, a los

ministros -de “su” Estado- que les va a representar en el foro, pero ellos no eligen a los ministros de los 27 restantes países y que también van a decidir cuestiones que les afectarán. Eligen a un representante de 28, lo que no parece muy democrático.

Es cierto que con el Tratado de Lisboa el obstáculo del déficit democrático disminuye pero, en mi opinión, no desaparece. Primero, porque no existe un Poder Legislativo en el sentido clásico, elegido por el electorado de cada Estado miembro. Segundo, porque, aunque por una parte, sí se cumpla el requisito democrático en la elección del Parlamento Europeo, pues éste es elegido -cada 5 años- por los ciudadanos de la Unión Europea para representar sus intereses, por otra parte, observamos que el poder legislativo no recae en este órgano sino que recae mayoritariamente en el Consejo Europeo, formado por un ministro de cada Estado miembro, es decir, por el Poder ejecutivo. Y, tercero, porque es cierto que el Tratado de Lisboa ha aumentado las áreas en que el “Poder legislativo” será compartido entre el Parlamento Europeo y el Consejo, pero ello supone, por un lado, que el Parlamento Europeo tendrá atribuciones legislativas en *casi todos* los procesos legislativos, pero no en *todos* (aunque también es verdad que en los ámbitos en los que no tiene competencias legislativas deberá ser consultado por el Consejo) y, por otro lado, que en los procesos en los que sí puede intervenir legislativamente, lo hace solo con una participación del 50% (codecisión con el Consejo). Sin embargo, también es cierto que no parece probable que pueda llegar a aprobarse una ley en contra de la opinión mayoritaria de los eurodiputados.

En definitiva, es verdad que con el Tratado de Lisboa se ha dado un gran paso en esta materia, pero todavía queda camino por andar.

**QUINTA.-** La influencia del Derecho de la UE en los Derechos penales internos, que los condiciona tanto positiva (creación de nuevos preceptos) como negativamente (desincriminación de conductas) es debida a los principios de efecto directo y de primacía. De los tres los mecanismos para llevarla a cabo, la asimilación, la armonización y la técnica de las leyes penales en blanco, a mi modo de ver la técnica más segura, desde la óptica jurídica, es la armonización, pues con ella se consigue una uniformidad en toda la Unión Europea que, al fin y al cabo, es lo que se pretende, y porque se respeta el principio de legalidad nacional. Es cierto que quien emite la orden original es el Derecho comunitario, y normalmente -al menos en cuestión de medio

ambiente- suele ser a base de Directivas, por lo que no se trata de Derecho originario sino derivado, pero ese problema, al menos en gran medida, ha quedado resuelto con el Tratado de Lisboa, como hemos visto. Además, al ser en última instancia los ordenamientos nacionales los que legislan, tipificando las infracciones y sus sanciones, se puede ver aquí una deferencia por parte de las instituciones comunitarias al principio de soberanía nacional, que tanto preocupa. Sin embargo, no está exenta de críticas, pues el Tratado de Lisboa, al trazar las materias a armonizar, olvidó la Parte General del Derecho penal y se centró únicamente en la Parte Especial, obviando, por ejemplo, la armonización en lo referente a cuestiones como el error, las causas de exclusión de la antijuridicidad y la culpabilidad, la comisión por omisión, la autoría, la participación o la tentativa, entre otras; materias todas ellas que presentan tratamientos muy diversos en los distintos Estados miembros. Por otra parte, hay que tener en cuenta que, en el espacio penal europeo, la armonización total va a ser muy difícil de implementar, dada la resistencia natural que manifiestan los Estados miembros a revisar su Derecho interno, especialmente en el ámbito penal, corazón de la soberanía nacional; por ello, se avanza más en la armonización de los tipos penales menos abordados por el Derecho nacional. Además, como el Derecho penal comunitario está subordinado a la unanimidad, hoy día, no podemos afirmar que exista una verdadera armonización.

A pesar de esta clara influencia, no podemos hablar de un Derecho penal unitario en sentido estricto. Sí podemos afirmar que existe un Derecho penal de la Unión europea en un sentido relativo, porque, primero, el Derecho comunitario ejerce una notable influencia sobre los Derechos internos, incluido el penal; segundo, porque el Derecho comunitario va adentrándose en caminos propios del Derecho penal y cada vez son más las materias y ámbitos delictivos en los que el Derecho comunitario obliga a los Derechos nacionales a legislar y enjuiciar de una determinada manera; y tercero, porque los Estados miembros, queramos o no, al entrar en la Unión Europea, hemos cedido parte de nuestras competencias soberanas, le hemos otorgado poderes sobre nuestro Ordenamiento y hemos restringido nuestra esfera de libertad legislativa, pues en las materias comunitarias el legislador nacional ya no es libre para elegir qué conductas desea incriminar.

Pero, en mi opinión, no podemos hablar de un Derecho penal unitario (o comunitario) porque, primero, no se ha producido una transferencia expresa del *ius*

*puniendi* de los Estados miembros a la UE, que haya quedado plasmada en un Tratado y, por tanto, que al ser Derecho originario, nos obligue a todos directamente; segundo, porque aunque ha habido intentos doctrinales para ello (véase por ejemplo el *Corpus iuris*) no existe todavía, a día de hoy, un Código penal europeo que tutele los valores y principios básicos de la convivencia, que describa los principios generales del Derecho penal, con una parte dedicada a las disposiciones generales sobre los delitos, faltas, personas responsables, penas, medidas de seguridad, etc., con una parte especial dedicada a cada delito en concreto, con explicación de su contenido típico y las sanciones a aplicar en cada supuesto, y que su ámbito espacial sea la Unión Europea, es decir, no existe un catálogo de “delitos europeos”. No olvidemos que la armonización se ha realizado únicamente en sectores de la Parte Especial, olvidando nada menos que Parte General del Derecho penal; y, tercero, porque tampoco existen Tribunales que enjuicien con arreglo a ese texto.

Únicamente en el caso del medio ambiente podría parecer que sí existe un “Derecho penal ambiental europeo”, porque en esta materia se ve con mucha más claridad la injerencia del Derecho unitario en los ordenamientos nacionales, ya que se exige por parte del Derecho unitario una legislación a la que no puede escapar ningún Estado miembro, de forma que los legisladores estatales no son libres para decidir si quieren o no incriminar estas conductas, sino que están obligados a tipificarlas y sancionarlas como manda el Derecho unitario. Pero tampoco en este caso se puede hablar de un auténtico Derecho penal europeo, porque aunque es cierto que dichas conductas serán delito en cualquier rincón de la UE, también lo es que puede variar la mayor o menor intensidad de la sanción a imponer. Por ello, sigo hablando de un *relativo* Derecho penal ambiental europeo, porque las sanciones por la misma conducta serán parecidas, pero no iguales en todo el ámbito de la UE.

Por consiguiente, no se puede hablar de un Derecho penal unitario *strictu sensu*, porque hoy por hoy, sigue sin ser lo mismo la comisión de un delito en un Estado miembro que en otro, no existe el grado de uniformidad jurídica necesario para poder hablar de un Derecho penal de la Unión Europea.

**SEXTA.-** Cada vez más hay una preocupación por la protección, conservación y respeto al medio ambiente; tanto es así que se ha llevado esta materia a su cobijo bajo el

ala del Derecho penal y es aquí donde surgen las preguntas: ¿Es el medio ambiente un bien jurídico y, en concreto, un bien jurídico-penal que merezca, por tanto, amparo del que es considerado la *ultima ratio* del Ordenamiento jurídico? Si es un bien jurídico-penal, ¿qué tipo de bien es y cuál es el alcance de la expresión “medio ambiente?”, y ¿qué configuración deben tener los delitos que tipifiquen los atentados al mismo?

Uno de los temas que más controversias y problemáticas suscitan al hablar de los delitos medioambientales es la aplicación del principio *non bis in idem*. Al no estar explícitamente recogido como tal en ningún artículo de la Constitución surge la discusión sobre cuál es el principio en el que se asienta y en qué artículo puede entenderse incluido. No creo que pueda fundamentarse en el art. 15 CE, sino que debe hacerse en los art. 9.3 y 25.1 CE, primero, porque esa fue la intención de los constituyentes; segundo, porque considero que está más conectado al principio de legalidad de los art. 9.3 CE y 25.1 CE que, a su vez, está íntimamente ligado a los de seguridad jurídica, prohibición de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y tipicidad (art. 25.1 CE) puesto que todos ellos están representados e intrínsecamente contenidos en el principio objeto de estudio; y, tercero, porque ostenta tal transcendencia en nuestro modelo jurídico que debería poseer una importancia similar al de legalidad, mostrando que igual que éste aparece dos veces en el texto constitucional (arts. 9.3 y 25.1 CE), también lo hace el principio *non bis in idem*: una vez como informador del sistema jurídico en el art. 9.3 CE y otra como limitador en el art. 25 CE, permitiendo esta última conexión su defensa por vía de amparo constitucional conforme al art. 161.1.b) CE. La jurisprudencia constitucional en este asunto es variada y, aunque acoge mayoritariamente la tesis de fundamentar el principio *non bis in idem* en el art. 25 CE, también acoge en mucha menor medida su fundamentación en el art. 9.3 CE e incluso en alguna resolución, se inclina por el principio de proporcionalidad.

**SÉPTIMA.-** Una de las dificultades que se suscitan al tratar de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador es, precisamente, el problema de su diferenciación, en concreto, de la delimitación entre sanciones penales y administrativas. Aunque a simple vista parezca sencillo, esta simpleza no es cierta, estamos ante un problema más complejo -máxime cuando la Constitución no lo especifica ni soluciona-. Y es que en los extremos no cabe la duda, pero en las zonas intermedias la opción por uno u otro orden es más complicada. Este problema se



agranda también porque la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, reconocen que los principios informadores del Derecho penal son también de aplicación al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del Ordenamiento punitivo del Estado. Es decir, nos encontramos con un *ius puniendi* general, que puede manifestarse bien como Derecho administrativo sancionador, bien como Derecho penal. Es más, la misma jurisprudencia ha dado definiciones de las infracciones administrativas que son casi reproducciones de las clásicas del delito con mínimas adaptaciones. Se hace, pues, necesario marcar unos criterios racionales que determinen qué infracciones caen dentro del campo administrativo sancionador y cuáles lo hacen dentro del campo de lo penal. Se trata de una decisión político-criminal que debe no sólo considerar cuál es el instrumento más idóneo para prevenir la conducta que se pretenda evitar, sino que también debe hacerlo respetando los principios generales de subsidiaridad y proporcionalidad. Considero que, puesto que la naturaleza de la sanción está vinculada a la naturaleza del ilícito, la respuesta sobre el correctivo aplicable no deberá depender sólo de cuál se considere la consecuencia jurídica más idónea para afrontar determinado tipo de criminalidad, sino de la necesidad o no de la intervención penal para la protección de los bienes jurídicos a tutelar, dado el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal. En cualquier caso, se trata de un problema cuya solución, la jurisprudencia deja en manos del legislador.

**OCTAVA.-** Cuando unos mismos hechos son a la vez constitutivos de delito e infracción administrativa y los bienes jurídicos a proteger sean los mismos, es decir, cuando una misma acción cae bajo el radio de influencia tanto del Derecho administrativo sancionador como del Derecho penal, esta confrontación debe resolverse a favor del Derecho penal sobre el administrativo. Primero, porque la solución de dar preferencia a la primera sanción que deviene firme, aun cuando sea administrativa, en vez de dar preferencia a la sanción penal pronunciada por un Tribunal después de un proceso con todas las garantías, es una solución ajena a la norma constitucional y a la legalidad vigente, que impone a la Administración paralizar el procedimiento administrativo cuando esté o deba estar pendiente un proceso penal sobre los mismos hechos. Segundo, porque si tenemos en cuenta que la justicia penal suele ser más lenta que la actuación de la Administración, se produciría casi inevitablemente la permanente subordinación de la jurisdicción penal a la potestad sancionadora administrativa. Y, tercero, porque si se mantiene este criterio, el ciudadano podría pretender cumplir con la

sanción administrativa y así garantizarse la inmunidad penal. Ahora bien, no sólo se trata de subordinar la actuación de la Administración a la Autoridad judicial sin más, porque entonces, si la jurisdicción contencioso-administrativa hubiera entrado a revisar la sanción impuesta en vía administrativa, ya habría entrado en juego una “autoridad judicial”, pero no del orden penal, y precisamente, de lo que se trata es de reconocer la prevalencia del orden penal sobre el administrativo.

La regla de establecer el criterio de preferencia de los procedimientos y sanciones penales sobre los administrativos es cuestionada en el supuesto del medio ambiente, donde en muchas ocasiones, las sanciones administrativas son más severas que las previstas en el orden penal, dándose la paradoja de que los infractores pueden preferir que su acción sea calificada penal y no administrativamente, ya que el tope económico es más beneficioso en el primer supuesto. Para evitar este contrasentido debería establecerse un límite para que estas situaciones no tuviesen lugar, algo parecido a lo contenido en el extinto art. 603 del anterior Código penal, conforme al cual las normas administrativas no podían establecer penas mayores que las señaladas en el código penal.

Aun (no defendiendo la codicia que parece desprenderse del actual Derecho administrativo, admito que no existe un criterio nítido de diferenciación entre infracciones penales y administrativas y que no podemos defender una total separación entre ambos órdenes, pues reconozco la necesidad del Derecho penal de apoyarse, para la protección del medio ambiente, en las normas administrativas. De los tres sistemas de relación entre los órdenes penal y administrativo (independencia del Derecho penal, accesoriedad limitada o relativa y accesoriedad absoluta) considero más adecuado el modelo de accesoriedad relativa, ya que la protección medioambiental es un tema de extraordinaria complejidad y que reúne multitud de posibilidades, lo que haría que el sólo uso del Derecho penal fuera insuficiente. A mi modo de ver, se hace necesaria una normativa administrativa para el adecuado control y protección del medio ambiente *a priori*, pues el Derecho administrativo es más ágil que el penal. Además, dada la evolución tecnológica e industrial, resulta precisa una regulación que concilie esta actividad con la protección medioambiental y en este conflicto de intereses el Derecho administrativo es el gran conciliador, ya que regula en un gran número de normas la posibilidad de la explotación de los recursos naturales, pero estableciendo los límites

para no perjudicar al medio ambiente. En cualquier caso, y puesto que el medio ambiente es uno de los bienes más dignos de protección, esa protección debería dejar de lado las “rencillas” que, a veces, parecen existir entre los diferentes ordenamientos olvidando que lo importante es la defensa del medio ambiente.

**NOVENA.-** El modelo de accesoriedad relativa en la relación entre los órdenes penal y administrativo es el recogido en nuestro Código penal (art. 325). Ello implica un método de tipificación que permita la relación entre ambos ordenamientos, lo que se ha solucionado recurriendo a la técnica de las leyes penales en blanco.

En mi opinión, ley penal en blanco es un concepto que únicamente debería referirse a aquellos casos en que una norma penal se remite para ser completada a otra norma no contenida en el mismo cuerpo legal de la norma incompleta, con independencia del rango jerárquico de la misma. Lo importante, a mi modo de ver, para calificar o no una ley penal en blanco es que la norma penal contemple un supuesto de hecho que deba ser explicitado fuera de ella. Es decir, como elementos esenciales para hablar de ley penal en blanco deben darse dos: norma penal incompleta y remisión para su “terminación”. En cuanto a la disquisición sobre si cuando un precepto remite a una “disposición de carácter general” hay que entender sólo remisión a reglamentos o también a actos administrativos, considero que sólo deben ser consideradas lícitas las remisiones a reglamentos, sin siquiera cuestionarse si el reenvío se puede referir o no a un acto administrativo.

Se transige resignadamente con esta técnica -sobre todo a partir de que el Tribunal Constitucional la admitiera con unos determinados requisitos- pero únicamente para ser utilizada en casos excepcionales. No obstante la doctrina del Tribunal Constitucional, no por ello ha de considerarse una técnica legislativa idónea o adecuada. Creo que esta técnica implica un peligro de resquebrajamiento de la división de poderes que ha de suponer todo Estado de Derecho, al dejar en manos del Poder Ejecutivo lo que debe estar únicamente en manos de quien corresponde: el Poder Legislativo. Por ello, debería acudirse a ellas únicamente en aquellos supuestos en que así lo exija la complejidad y variabilidad de la materia a tratar, ya que no podemos eludir que el uso de la técnica legislativa de las leyes penales en blanco queda justificado por nuestra concreta situación histórica, pues nos encontramos ante un alto grado de desarrollo

industrial, técnico y económico muy ágil, muy rápido, cambiante y variado, y el Derecho penal debe adaptarse a las actuales circunstancias. Hay determinadas materias reguladas en nuestro Código penal -especialmente la medioambiental, que es el caso que nos ocupa- que son muy complejas y cambiantes, con tal variedad de matices a la hora de la realización del hecho punible, que resulta muy difícil recogerlos en un único texto articulado, dada la gran precisión que requiere su tratamiento. Por ello, la utilización de las leyes penales en blanco y su remisión a una norma administrativa (el reglamento) puede proporcionar, paradójicamente, mayor seguridad jurídica, ya que la conducta queda perfectamente concretizada en el reglamento, lo que proporciona mayor seguridad que la utilización por el Código penal de términos vagos e indeterminados.

Otra cuestión que se suscita con respecto al principio de legalidad es si la reserva de ley que éste implica, en cuanto a las normas sancionadoras penales, es necesario que revista siempre el carácter de ley orgánica, ya que ni el art. 25 ni el 9.3 CE lo exponen con claridad, al no precisar qué carácter ha de tener la “ley” a que se refieren. En mi opinión, la reserva de ley, cuando se trate de normas penales, debe venir referida a una ley orgánica. Las normas penales están ordenadas a la defensa de los bienes e intereses jurídicos más importantes, más dignos de protección, aquellos que se consideran más valiosos para hacer posible la convivencia, la paz y el orden social. Puesto que el Derecho penal es el encargado de tal trascendental misión, y no sólo por el hecho de que la norma penal pueda llevar acarreada la pena más dura (privación de libertad) creo que debe exigirse que esa defensa y protección se realice con leyes dotadas de una categoría superior y las leyes orgánicas tienen esa superior categoría respecto de las ordinarias. Además, las leyes orgánicas están dotadas de una especial legitimación democrática, debido al mayor quórum exigido para su aprobación, lo que implica que con respecto al contenido será necesario un acuerdo más amplio que respecto a las leyes ordinarias, y suponen una garantía mayor de estabilidad, pues implican una mayor vinculación del legislador para el futuro, ya que se exige otra ley orgánica para modificar o derogar la ya existente.

El uso de las leyes penales en blanco también plantea la posible vulneración del principio de seguridad jurídica. No obstante, el Tribunal Constitucional resuelve este problema en su sentencia 181/2008, exigiendo, para la admisibilidad de una ley penal en blanco, que la norma a que ésta remite y que va a ser finalmente la aplicada sea clara,

precisa y taxativa, proscribiendo los supuestos en que aquella resulte imprecisa o indeterminada.

Otro problema que se plantea es si la remisión que las leyes penales en blanco realizan para su complemento se produce en materias cuya competencia corresponde a las Comunidades Autónomas. Y, aunque en estos supuestos, el Tribunal Constitucional reconoce la conformidad constitucional, en mi opinión no estimo conveniente la remisión a normas autonómicas, toda vez que se ha considerado lo suficientemente importante la legislación penal para que sea objeto de reserva absoluta estatal por parte de nuestra Constitución. Las materias que trata el Derecho penal son materias esenciales para el correcto desenvolvimiento en sociedad, necesarias, de primera magnitud e importancia trascendental. No considero, pues, oportuno dejar su desarrollo, aunque sólo sea parcialmente, a normativas fragmentarias, que sólo son obligatorias en una parcela específica del territorio español. Creo que si algo es importante como para considerarlo digno de protección penal, debe ser importante, y por tanto, único o unificado, en todos sus componentes. Se corre el peligro de burlar a la ley simplemente a base de realizar la conducta tipificada en una u otra parte del territorio nacional. Opino, por ello, que se conculca el principio de igualdad, el de reparto competencial reconocidos constitucionalmente y el de legalidad en su vertiente de reserva de ley orgánica en materia penal.

**DÉCIMA.-** El delito contra el medio ambiente recogido en el art. 325 de nuestro Código penal constituye un claro ejemplo de norma penal en blanco. La problemática específica de los delitos medioambientales como leyes penales en blanco plantea las mismas cuestiones de posible vulneración de los principios de legalidad, seguridad jurídica y competencia a que nos hemos referido antes.

Podemos considerar que el art. 325 cumple con los requisitos de legalidad requeridos por nuestro Tribunal Constitucional. También puede parecer que cumple con el principio de seguridad jurídica, por dos motivos, uno de carácter práctico: evitar el excesivo casuismo que se produciría con la delimitación pormenorizada de los tipos en esta disciplina, y otro de carácter jurídico: hay una mayor seguridad jurídica ya que con las normas extrapenales, especialmente las de carácter administrativo, la conducta típica queda perfectamente pormenorizada y detallada. Sin embargo, no estoy de acuerdo con

482

este último motivo ya que tal profusión de normas puede hacer que el ciudadano, a pesar de su diligente intención de conocerlas, no llegue a conseguirlo y las contravenga. Otro problema que se plantea es la posible contradicción del art. 325 con el principio de igualdad, dado que las competencias en materia de medio ambiente están transferidas a las CC.AA., con lo que las disposiciones a contravenir varían según se esté en una parte u otra del territorio nacional. En este caso, no es sólo el principio de igualdad, sino también el de legalidad, y su vertiente de reserva de ley orgánica en materia penal, lo que queda afectado.

Ciertamente, es esta una materia tan compleja que cuesta encontrar una solución factible que convenza a todos. Nuestra jurisprudencia parece haberla encontrado al considerar que el artículo 325 Cp cumple con las exigencias constitucionales de respeto a los principios de legalidad, taxatividad, igualdad y competencia. Sin embargo, como he manifestado, creo que sí existe vulneración de estos principios, fundamentalmente en la cuestión derivada de la transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas. En otras cuestiones, como la mayoría de la doctrina, acepto resignada la técnica de la remisión normativa, dada la complejidad, magnitud y variabilidad de la materia, pero la considero insegura en determinados aspectos. Estimo que sería totalmente injusto dejar sin castigo una acción contaminante porque la Administración de alguna Comunidad Autónoma no hubiera previsto su tipificación, así como que las mismas conductas sean objeto de diversa sanción por realizarse en un lugar o en otro. Sí es cierto que la protección de determinados elementos es más acuciante en unos lugares que en otros; piénsese, por ejemplo, en el agua: no es la misma la necesidad de agua en Murcia que en Asturias, pero eso no deja de ser accesorio, porque, por seguir con este ejemplo, el agua es necesaria para el desarrollo del ser humano en cualquier lugar. Es decir, lo que podemos considerar integrado dentro del concepto de medio ambiente precisa protección, y además penal, con independencia de la ubicación geográfica en la que nos encontremos. No podemos arriesgarnos a que quede desprotegido.

Aunque el Tribunal Constitucional considera constitucional y compatible con el principio de igualdad la remisión a normas autonómicas para completar el art. 325 Cp., no es éste el sentir de un sector de la doctrina que sigue sin estar de acuerdo con estos argumentos, por lo que se han propuesto diferentes soluciones: una, la promulgación de una ley general del medio ambiente, a la que se pueda remitir el tipo penal, con un

contenido preciso que sea el que integre el injusto penal y se deje únicamente la regulación de las cuestiones adicionales o accidentales a las disposiciones normativas de rango inferior; dos, dejar al Derecho penal el castigo de las conductas más graves para la salud humana o el medio ambiente, estableciendo prohibiciones absolutas e independientes de disposiciones administrativas (resaltando el carácter auxiliar del Derecho penal) y que las CC.AA. se limiten a las sanciones administrativas; y, tres, la técnica del “doble estándar”, denominada así porque para la configuración del delito de contaminación se parte de una doble valoración: por un lado, del “valor de contaminación” que justifica la intervención del Derecho administrativo sancionador y, por otro, del “valor límite o intolerable” (con una cota más alta que el anterior) que justifica la entrada en escena del Derecho penal. Una vez que este límite se supere, el legislador penal puede por él mismo considerarlo reprobable penalmente sin necesidad de valoración por el poder ejecutivo. Para solucionar el problema que sería dejar la fijación de dichos límites a la Administración, se propone que el encargado de fijarlos sea un organismo independiente.

Una buena solución, a mi entender, sería una mezcla de las propuestas primera y tercera mencionadas: una ley general de medio ambiente, que debería revestir la forma de ley orgánica, en la que el legislador esté asesorado por expertos que le señalen los estándares adecuados para la debida preservación de nuestros recursos naturales y nuestro entorno. De esta manera, conjugo la idea de ley general medioambiental con la del doble estándar, aunque con un solo estándar establecido por el legislador penal. Así, se observarían los principios de legalidad y de reserva de ley orgánica en el ámbito penal (la materia estaría fijada en una norma con rango de ley y además de ley orgánica) taxatividad (los preceptos incluirían los estándares propuestos por expertos) seguridad (la remisión se haría a una norma concreta y específica sin que quepa la dispersión) y competencia (se regularía por una norma emanada por las Cortes Generales).

**UNDÉCIMA.-** Al igual que ocurre con su reconocimiento en los Tratados internacionales y comunitarios, la tutela penal del medio ambiente es relativamente reciente, no recogándose esta cuestión en los códigos penales clásicos. En España, en concreto, aunque existían una pluralidad de leyes relativas a diversos aspectos que se podrían incluir dentro del concepto medio ambiente, es a partir de la CE (art. 45) cuando se inicia el camino hacia un Derecho penal ambiental propiamente dicho,

evolucionando hasta la actual regulación en el Capítulo III del Título XVI, arts. 325 y ss. CP. En España, la tutela penal del medio ambiente podría justificarse por su reconocimiento en el art. 45 CE, pero, prescindiendo de su aval constitucional, es importante saber si atendiendo a cuestiones puramente de política criminal se justifica la tutela penal del medio ambiente. La primera cuestión que se nos plantea es si el medio ambiente es o no un bien jurídico, y sabemos que un bien jurídico es un presupuesto existencial necesario para la convivencia entre los seres humanos. Si afecta directamente a la persona individualmente considerada se dice que es un bien jurídico individual y si afecta al grupo en general, se le denomina bien jurídico colectivo o supraindividual. El medio ambiente es un bien jurídico colectivo, de eso no hay duda. La duda se plantea sobre si los bienes colectivos merecen tutela penal, pues existe una clara tendencia en los ordenamientos modernos a la expansión del Derecho penal a este tipo de bienes que es criticada por un sector de la doctrina, al considerar que rompe los cimientos garantistas que tanto había costado conseguir. Sin embargo, concebido el Derecho penal como un conjunto de normas encaminadas a solucionar los problemas surgidos por la convivencia de los seres humanos en una sociedad organizada, es claro que existen problemas de índole colectiva y que el Derecho penal debe ser un Derecho dinámico y adaptado a las necesidades actuales de la sociedad en cuestión, por lo que entendemos que los bienes colectivos pueden y deben ser objeto de tutela penal en cuanto sea necesario para la pacífica coexistencia.

Ahora bien, se plantea el dilema de si el medio ambiente es un bien jurídico-penal, es decir, un bien jurídico que, por sus características, demanda tutela penal. Las características que convierten a un bien jurídico en un bien jurídico penal son dos: primero, una suficiente importancia social y que exista una necesidad de protección por el Derecho penal, considerándose bienes importantes y necesarios aquellos bienes vitales y esenciales que afectan a la mayoría de la sociedad y son fundamentales para su mantenimiento y desarrollo. Es claro que el medio ambiente es un bien esencial y vital para el ser humano, que afecta a la generalidad de la sociedad y que además está necesitado de protección porque no es ilimitado. Los recursos naturales son finitos, trascendiendo su valor a las generaciones futuras. Considero, por tanto, adecuada su tutela a través del Derecho penal. Es cierto que, aunque el medio ambiente ha existido desde siempre -antes incluso que el hombre- es un bien jurídico nuevo: no ha sido hasta hace poco que se ha incorporado al catálogo de bienes defendidos penalmente. Pero que



antes no haya sido precisa la intervención del Derecho penal no significa que sea un bien mediocre, sino simplemente que antes no necesitó dicha protección, pues ha sido a raíz de las revoluciones y desarrollos tecnológicos, económicos e industriales cuando ha resultado fuertemente atacado y nos hemos dado cuenta de que los recursos naturales -y la naturaleza misma- no son infinitos y necesitan ser protegidos contundentemente. El medio ambiente es indispensable, no ya para la coexistencia humana, sino para la misma existencia del hombre, y es además un bien escaso, lo que supone un aumento de su valor y de la necesidad de protección por la rama más “dura” del Ordenamiento jurídico: el Derecho penal.

El medio ambiente es un bien que no se halla definido en ningún texto jurídico. La doctrina, unánime a la hora de señalar la dificultad de tal definición, es dispar en el momento de intentar concretarla. Se pueden distinguir tres tipos de concepciones: amplia, que considera medio ambiente a todo lo que puede influir en la vida del hombre y/o en su calidad de vida; estricta, para la que sólo deben ser objeto de protección el agua, el aire y, como mucho, el suelo; e intermedia, que estima incluidos en el concepto medio ambiente los elementos naturales *strictu sensu* (suelo, aire, agua, fauna y flora) y la relación hombre-medio. A mi modo de ver, la concepción estricta no resulta adecuada, porque considero que el concepto medio ambiente está integrado por más elementos, además del aire y del agua, necesarios para la subsistencia y el desarrollo de los seres vivos. Tampoco juzgo acertada la concepción amplia, ya que si decidimos incorporar a la noción de medioambiente todo lo que pueda influir en la calidad de vida nos encontraríamos con un bien jurídico tan extenso e inabarcable que se rompería el principio de intervención mínima del Derecho penal, al poder reconducir cualquier tipo de conducta a la protección del medio ambiente, además de que también se rompería el principio por el cual sólo pueden ser considerados bienes jurídico-penales los valores esenciales para el grupo social. Es por ello que la concepción intermedia es la que me parece más idónea, ya que no sólo incorpora los elementos naturales mínimos (agua, aire, suelo) sino que también incluye la flora y la fauna, elementos esenciales en el mantenimiento de los ecosistemas que son necesarios para nuestra existencia.

Existe otro enfoque para la determinación del bien jurídico medio ambiente, según se entienda que éste es tal en cuanto afecta al ser humano o por sí mismo considerado. Dos son las concepciones desde este punto de vista: antropocéntricas y

ecocéntricas, divididas, a su vez, en estrictas y moderadas. Las concepciones antropocéntricas consideran que la protección al medio ambiente sólo es entendible si se reconduce a la protección de la persona. Dentro de ésta, la antropocéntrica estricta ni siquiera considera que el medio ambiente sea un bien jurídico, sino que en realidad es un instrumento para la defensa de la vida y la salud humanas; y la antropocéntrica moderada sí lo considera un bien jurídico, pero que carece de autonomía frente a los bienes jurídicos individuales vida y salud humanas. Las concepciones ecocéntricas entienden que el medio ambiente es un bien jurídico colectivo con plena autonomía respecto de los bienes jurídicos individuales, al que hay que proteger por las funciones que cumple para el desarrollo de la vida humana (vertiente moderada) o bien porque es digno de protección sin necesidad de ningún nexo humano (vertiente radical). Opino que la postura adecuada es la ecocéntrica moderada, pues el medio ambiente es un bien jurídico que tiene suficiente entidad, importancia y valor para ser defendido *per se*, pero también creo que todos los bienes jurídicos se reconducen, directa o indirectamente, al interés del individuo, porque todos los ordenamientos jurídicos han sido creados por el *hombre* para satisfacer las necesidades de coexistencia *humana*, y el medio ambiente, como ya he repetido antes, es un bien necesario para la misma existencia humana, y que si hemos tomado conciencia de su necesidad de protección es porque nos afecta vitalmente.

La Constitución parece decantarse por una concepción ecoantropocéntrica, al recoger en el apartado 1º de su art. 45 la vertiente antropocéntrica y en el apartado 2º del mismo artículo, la vertiente ecocéntrica. En los ordenamientos de nuestro entorno encontramos unanimidad al reconocerse la vertiente ecoantropocéntrica.

**DUODÉCIMA.-** La sociedad actual está sufriendo profundos cambios que afectan globalmente al mundo en que vivimos, al medio ambiente y hasta a la esfera íntima de las personas. Tenemos que hacer frente a una sociedad cada vez más compleja, ya que asistimos a un escenario económico que cambia muy rápidamente y a un desarrollo técnico industrial de envergadura y sin parangón, que hacen que surjan nuevas fuentes de peligro antes unimaginables. El Derecho penal, que no puede permanecer ajeno a esta realidad, también se ve influido por todo ello y afronta una gran transformación en los últimos tiempos, tanto en los planteamientos político-criminales, como en la dogmática. Esta nueva sociedad ha sido denominada “sociedad del riesgo”.

Dicha sociedad del riesgo conlleva una expansión del Derecho penal a nuevas fuentes de agravio y nuevos valores a proteger, y el nacimiento del denominado “Derecho penal del riesgo”, alusivo al Derecho penal propio de esta sociedad y orientado a minimizar los riesgos y a prevenir y controlar las causas generadoras de peligro. Una de las principales características de este Derecho penal son la anticipación de la tutela penal y la proliferación de bienes jurídicos de naturaleza colectiva y, por tanto, del uso de los delitos de peligro.

Esta peculiaridad, el uso de los delitos de peligro -en particular de los de peligro abstracto- genera una gran polémica, criticándose que suponen un quebranto al principio de culpabilidad e, incluso, llegándose a cuestionar su constitucionalidad, ya que se presume *iuris et de iure* la efectiva producción del peligro. Yo, en cambio, considero compatibles la tipificación de delitos de peligro abstracto con los límites del *ius puniendi* cuando ese adelantamiento de la intervención penal sea necesario para la efectiva protección de los bienes jurídicos, ya que en ocasiones la utilización de esta técnica resulta indispensable a tales efectos. Además, la técnica legislativa de la tipificación como delitos de peligro abstracto parte de la idea de que, al crear el tipo penal, el legislador considera -gracias a las reglas de la experiencia- que una determinada conducta es generalmente peligrosa y la plasma en la norma penal con una cuidada y taxativa descripción, y posteriormente, el juez deberá comprobar que efectivamente en el caso que le ocupa, esa acción se adapta al modelo tipificado.

En mi opinión, y de acuerdo con el parecer antedicho, hay bienes que necesitan un adelantamiento de la tutela penal, pues si la artillería para su protección entra en combate únicamente cuando ya se ha producido un resultado, será demasiado tarde. De entre todas las opciones, estimo la más acertada la de la exigencia de peligrosidad *ex ante*, considerando para la construcción del tipo aquellas circunstancias que, con arreglo a la experiencia, a la ciencia o a la técnica, se sepan que son peligrosas sin necesidad de esperar a resultados *ex post*, porque en este caso ya sería demasiado tarde. Para concluir si una acción es peligrosa o no deberá el legislador utilizar las técnicas e instrumentos que la moderna ciencia pone a nuestra disposición, incluyendo entre ellos la estadística. En cualquier caso, es obvio que la tipificación de los delitos de peligro abstracto siempre debe respetar los principios de garantía del Derecho penal en un Estado de

Derecho.

**DÉCIMO TERCERA.-** La opción más adecuada, a mi parecer, para la configuración de los delitos encargados de la protección del medio ambiente es la de su estructuración como delitos de peligro abstracto y ello debido a las características antedichas de este bien jurídico, que precisa de una respuesta adelantada del Derecho penal, pero no de una respuesta cualquiera. A mi modo de ver, la configuración como delitos de peligro concreto no es suficiente, porque, como venimos diciendo, en este ámbito, los efectos dañinos de una conducta para este bien pueden tardar años en detectarse. Una sola acción no basta, pero la acumulación de muchas sí, para ocasionar un resultado lesivo, por lo que hay que entender que esa conducta, con resultado inmediato o no, está poniendo en peligro al bien jurídico-penal medio ambiente. Esta consideración de la conducta como creadora del peligro sin necesidad de tener que buscar un nexo casual entre la conducta y el resultado se consigue con la adopción de la figura del peligro abstracto.

Asimismo, el medio ambiente, al ser un bien tan difuso, puede resultar complicado probar su efectiva lesión, pues normalmente con la primera conducta lesiva no se logra ver el daño, sino que es necesaria una repetición de dichas conductas para que se haga visible, con lo que, al llegar a ese punto, es posible que ya no haya solución; y, por otro lado, porque puede resultar muy difícil comprobar la relación de causalidad entre la conducta lesiva y el resultado dañino.

Por otra parte, puesto que el Derecho penal tiene como elemento nuclear de su existencia la protección de los bienes jurídicos, la tipificación de los delitos de peligro abstracto puede ser compatible con los límites del *ius puniendi* siempre que se configuren para la defensa de un bien jurídico tan valioso que justifique el adelantamiento del Derecho penal. A este respecto, y dado que a mi juicio el medio ambiente ocupa un lugar preeminente en la escala de valores de los bienes jurídicos, considero una opción adecuada para la tipificación de los delitos ambientales, su configuración como delitos de peligro abstracto. Si el medio ambiente es un bien jurídico indispensable para la subsistencia, se entiende necesaria una intervención adelantada del Derecho penal para su protección. Por otra parte, también considero recomendable esta opción porque, al ser el medio ambiente un bien de contornos

imprecisos al que, como hemos visto, resulta difícil definir, puede llegar a ser complicado en muchos casos probar la efectiva lesión al mismo; además de que, normalmente en el caso de los ataques al medio ambiente, el daño no se hace constatable con la primera conducta lesiva, sino que es preciso una reiteración de la misma, por lo que entiendo que es preciso que el Derecho penal entre en juego para atajar dichos comportamientos, antes de que sea demasiado tarde, la lesión se produzca y se pierda un elemento valioso y necesario de nuestro medio ambiente.

A mi modo de ver, el legislador ha optado en el art. 325 Cp por una tipificación de los delitos contra el medio ambiente como delitos de peligro abstracto-concreto, al establecer, en primer lugar, las acciones que dan lugar a la realización del tipo sin necesidad de que exista lesión evidente tras su ejecución, y en segundo lugar, al requerir que dichas actuaciones “puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”, reclamándose por tanto una sospecha -conforme a los conocimientos actuales de la ciencia- de que ese comportamiento puede, efectivamente, ser un peligro ambiental, aunque en ese concreto momento no podamos constatar el resultado lesivo de manera inmediata.

Concuerdo, por tanto, con la más reciente doctrina del Tribunal Supremo que rechaza la consideración de los delitos contra el medio ambiente tipificados en nuestro Código penal como delitos de peligro concreto y se decanta por considerar su estructura como delitos de peligro abstracto *lato sensu* o, como viene sosteniendo últimamente, delitos de peligro hipotético o potencial, ya que ni el tenor literal del art. 325 Cp expresa la exigencia de un peligro concreto, ni la estructura del tipo lo exige. Pero, tampoco podemos entenderlo configurado como un delito de peligro abstracto *stricto sensu*, pues se requiere esa nota de aptitud, de idoneidad para la producción de un peligro, que no cualquier actividad de las citadas en el mencionado artículo puede abarcar. Pensemos, por ejemplo, en lo absurdo que sería considerar delictivo un vertido de agua o, por seguir con el mismo ejemplo, una emisión de vapor de agua, por el hecho de ser un vertido o una emisión. Es decir, no basta la simple actividad, sino que también ha de verificarse que el vertido o la emisión puedan ser perjudiciales para el medio ambiente.

Ahora bien, considerando la gran importancia del medio ambiente como bien jurídico prioritario, no sólo en nuestros días, sino también como herencia para

generaciones futuras, no considero adecuada la valoración de los ataques contra el mismo como delitos de peligro abstracto-concreto, si esta última coetilla supone un “levantamiento de mano” o permisividad con las conductas respecto de las cuales no se sepa, porque todavía la ciencia no haya llegado a ello, si son o no lesivas para el ambiente. Quiero decir que es posible que se realicen actividades de las que no existan datos científicos ni estadísticos ni antecedentes en uno u otro sentido (lesivo o no lesivo) y, por tanto, no se pueda asegurar fehacientemente que son inofensivas. Es posible que se descubra un nuevo elemento, puro o como resultado de la mezcla de varios, y -como nuevo que es- no se pueda garantizar su inocuidad o, incluso sin ser nuevo, que sea un elemento sobre el que no se haya investigado bien acerca de sus posibles consecuencias dañosas. En estos casos, opino que se debe considerar apto para la producción de un peligro medioambiental, de forma que la idoneidad para producir peligro al bien jurídico protegido -medio ambiente- provenga de cualquier acción de las mencionadas en el art. 325 Cp cuyas consecuencias o elementos no hayan sido científicamente reconocidos como inofensivos para producir una contaminación dañina.



## BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL A., 'Acerca de la teoría de los bienes jurídicos', *Revista penal*, nº 21 (2008).

AGUADO CORREA, TERESA, 'El principio de proporcionalidad en sentido amplio y delitos de peligro abstracto', en *El principio de proporcionalidad en Derecho penal* (Edersa, Madrid, 1999)

ALARCÓN SOTOMAYOR, LUCÍA, *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*, (Iustel, Madrid, 2008)

ALASTUEY DOBÓN, M<sup>a</sup> CARMEN, *El delito de contaminación ambiental (Artículo 325.1 del Código penal)*, (Comares, Granada, 2004)

ALBRECHT, PETER-ALEXIS, 'El Derecho penal en la intervención de la política populista', en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT & ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (eds) *La insostenible situación del Derecho penal* (Comares, Granada, 2000)

ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL, 'Protección del futuro y daños cumulativos', *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 4-8 (2002).

ALCALE SÁNCHEZ, MARÍA, 'Derecho penal y Tratado de Lisboa', *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 30 (2008).

ALIOUNE DRAME, MAMADOU 'Republique de guinée, les competences concurrentes nationales et internationales et le principe « ne bis in idem', *Révue internationat de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002).

ALMONACID LAMELAS, VÍCTOR, 'Sobre la posición del tratado y de la normativa europea en relación con nuestro ordenamiento jurídico', *Noticias Jurídicas*, (febrero 2006).



ALONSO ÁLAMO, MERCEDES, 'Bien jurídico material y bien jurídico procedimental... y discursivo', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, et al. (eds) *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal. Tomo I* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009)

ALONSO MAS, M<sup>a</sup> JOSÉ, *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2005)

ALONSO MAS, MARÍA JOSÉ, *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición del doble enjuiciamiento*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2005)

ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, (Tirant lo Blanch, Valencia, 1999)

ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER, *Sobre el principio de legalidad*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2009)

ANAGNOSTOPOULOS, ILIAS, 'Greece, ne bis in idem', *Revue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002).

ARROYO ZAPATERO, LUIS, 'Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal', *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 3, nº 8 (1983).

ARROYO ZAPATERO, LUIS, 'Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente', en *Estudios jurídicos en memoria del profesor dr. d. José Ramón Casabó Ruíz. Vol. I* (Universidad de Valencia. Instituto de Criminología, Valencia, 1997)

ARROYO ZAPATERO, LUIS, 'El non bis in idem en las infracciones al orden social, la prevención de riesgos laborales y los delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador"* (CGPJ. Cuadernos de Derecho judicial nº 11, Madrid, 1997)

ARROYO ZAPATERO, LUIS, 'Prólogo', en LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO & ADÁN NIETO MARTÍN (eds) *Los Derechos Fundamentales en el Derecho penal europeo* (Thomson Reuters, Navarra, 2010)

AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, JUAN MANUEL, 'Implicaciones jurídicas del Protocolo de Kioto', *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de Derecho ambiental*. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, 14-15 (2006).

BACIGALUPO, ENRIQUE, 'La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente', *Estudios penales y criminológicos*, nº 5 (1980-1981).

BACIGALUPO, ENRIQUE, *Estudios sobre la Parte especial del Derecho penal*, (Akal, Madrid, 1991)

BACIGALUPO, ENRIQUE, *Curso de Derecho penal económico*, 2ª ed., (Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A., Barcelona, 2005)

BACIGALUPO, ENRIQUE, 'El Derecho penal económico en la Europa Constitucional', en MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (ed) *Constitución europea y Derecho penal económico* (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006)

BACIGALUPO, ENRIQUE, *Teoría y práctica del Derecho penal. Tomo I*. (Marcial Pons, Madrid, 2009)

BACIGALUPO ZAPATER, ENRIQUE, *La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente*, Santiago de Compostela, 1981)

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL, '¿Tiene futuro un Derecho penal europeo?', en MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (ed) *Constitución europea y Derecho penal económico* (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006)

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL & BACIGALUPO SAGGESE, SILVINA, *Derecho penal económico*, 2ª edición, (Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2010)

BARBERO SANTOS, MARINO, 'Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. XXVI, Fasc. III (1973)

BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 1ª ed., (Paidós. Surcos 25, Barcelona, 2006)

BENLLOCH PETIT, GUILLERMO, 'El principio *non bis in idem* en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario', *Revista del Poder Judicial. CGPJ*, nº 51 (1998)

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, 'El medio ambiente como bien jurídico tutelado', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992)

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, et al., *Curso de Derecho Penal. Parte General* (Experiencia, Barcelona, 2010)

BIANCHI PÉREZ, PAULA BEATRIZ, 'Evolución del concepto de bien jurídico en la dogmática penal', *Dikaioyne.*, nº 22 (2009)

BIRNBAUM, JOHANN MICHAEL FRANZ, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito* (Bdef, Montevideo - Buenos Aires, 2010)

BLASCO LOZANO, IGNACIO, 'Armonización del Derecho penal material y procesal: La aproximación de las legislaciones nacionales en el ámbito de la Unión Europea', en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional* (Cuadernos de Derecho judicial nº 13, 2003)

BOISTER, NEIL, 'Transnational Criminal Law?', *European Journal of International Law*, Vol. 14, nº 5 (2003)

BOIX REIG, JAVIER, 'El principio de legalidad en la Constitución', *Cuadernos de la Facultad de Derecho, Universidad de Palma de Mallorca*, nº 4 (1983)

BOIX REIG, JAVIER, 'La jurisprudencia constitucional sobre el principio *non bis in idem*', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson/Civitas, Madrid, 2005)

BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, 'Cuestiones derivadas de la concurrencia del Derecho penal y del Derecho administrativo en materia de tutela de medio ambiente', *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 7 (2003)

BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, 'La problemática de las normas penales en blanco', en PATRICIA FARALDO CABANA (ed) *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2011)

BUENO ARÚS, FRANCISCO, *La ciencia del Derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica* (Civitas, Navarra, 2005)

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J., *Control social y sistema penal* (PPU, Barcelona, 1987)

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN J. & HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho penal, Vol. I*, (Trotta, Madrid, 1997)

CADOPPI, ALBERTO, 'Verso un Diritto penale unico europeo?', en LORENZO PICOTTI (ed) *Possibilità e limiti di un Diritto penale dell'Unione Europea* (Giuffrè editore. Pubblicazioni del Centro di Diritto Penale Europeo Catania, Milán, 1999)

CANO CAMPOS, TOMÁS, 'Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho Administrativo sancionador', *Revista de Administración Pública*, nº 156, septiembre - diciembre (2001).

CANTARERO BANDRÉS, ROCÍO, 'El delito ecológico: Análisis del actual tipo penal y sus antecedentes', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992)

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, 'Intereses difusos y Derecho penal', *Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ*, nº 36 (1994)

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, (Tirant lo blanch, Valencia, 1999)

CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS, 'Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad', en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam* (Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001)

CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN, en MANUEL COBO DEL ROSAL (ed) *Derecho penal español. Parte especial* (Dykinson, Madrid, 2004)

CARRETERO PÉREZ, ADOLFO, 'Concepto constitucional de las fuentes del Derecho', en *La Constitución española y las fuentes del Derecho* (Instituto de Estudios Fiscales. Vol. I, Madrid, 1979)

CASABÓ RUIZ, JOSÉ R., 'La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente', *Estudios penales y criminológicos*, V (1980-1981)

CASSOLA PEREZUTTI, GUSTAVO, *Medio ambiente y Derecho penal. Un acercamiento*. (Bdf, Montevideo, 2005)

CEDENÑO HERNÁN, MARINA & AGUILERA MORALES, MARIEN, 'El *non bis in idem* en la Unión Europea y su interpretación por el Tribunal de Justicia', en ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, et al. (eds) *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Colex, Madrid, 2008)

CEREZO MIR, JOSÉ, 'Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo', *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXVIII, Fascículo I (1975)

CEREZO MIR, JOSÉ, 'Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo', *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 10 (2002)

CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general I. Introducción*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2004)

CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., (Tecnos, Madrid, 2004)

CESONI, MARIA LUISA, 'Droit pénal européen: une harmonisation périlleuse', en G DE KERCHOVE & A. WEYEMBERGH (eds) *L'espace pénale européen: enjeux et perspectives* (Revue internationale de droit comparé. Vol. 55 nº2, abril-junio 2003)

CID MOLINÉ, JOSÉ, 'Garantías y sanciones. Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas', *Revista de Administración Pública*, nº 140, mayo - agosto (1996)

COBO DEL ROSAL, MANUEL & BOIX REIG, JAVIER, 'Garantías constitucionales del derecho sancionador', en *Comentarios a la legislación penal* (Revista de Derecho Privado, Tomo I, Madrid, 1982)

COBO DEL ROSAL, MANUEL & QUINTANAR DÍEZ, MANUEL, *Instituciones de Derecho penal. Parte general*, 2ª reimp., (CESEJ, Madrid, 2008)

COBO DEL ROSAL, MANUEL & VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR, *Derecho Penal. Parte General* (Tirant lo blanch, Valencia, 1999)

COLÁS TURÉGANO, ASUNCIÓN, 'Algunas consideraciones sobre los delitos contra el medio ambiente en el c.p. de 1995 (C.III del T. XVI del L. II)', en *Estudios jurídicos en memoria del profesor dr. d. José Ramón Casabó Ruiz. Primer volumen* (Universidad de Valencia. Instituto de Criminología, Valencia, 1997)

COMISIÓN EUROPEA, *Por un futuro más verde. La Unión Europea y el medio ambiente* (Dirección General de Prensa y Comunicación. Publicaciones, Bruselas, 2002)

COMISIÓN EUROPEA, *Un medio ambiente de calidad. La contribución de la UE* (Dirección General de Comunicación. Publicaciones, Bruselas, 2005)

COMISIÓN EUROPEA, *Comprender las políticas de la Unión Europea. Medio ambiente* (Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2013)

COMISIÓN EUROPEA, *Su guía sobre el Tratado de Lisboa* (Dirección General de Comunicación, julio 2009)

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES, *Huitième rapport général sur l'activité des Communautés Européennes en 1974*, Bruselas - Luxemburgo, 1975

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, 'Introducción al delito ecológico', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992)

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, 'La tutela del medio ambiente. Análisis de sus novedades más relevantes', *La ley*, Tomo 2 (1996)

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, CÁNDIDO, 'Complementariedad de la tutela penal y la administrativa sobre el medio ambiente. Problemas que suscita desde la perspectiva del Derecho penal', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador* (CGPJ, Madrid, 1997)

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales* (Tirant lo blanch, Valencia, 1999)

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, 'Los delitos relativos a la ordenación del territorio y el medio ambiente: Una perspectiva criminológica', en MIRENTXU CORCOY BIDASOLO & CARMEN RUIDÍAZ GARCÍA (eds) *Problemas criminológicos en las sociedades complejas* (Universidad Pública de Navarra, Navarra, 2000)

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU & GALLEGU SOLER, JOSÉ IGNACIO, 'Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del Derecho ambiental: *ne bis in idem* material y procesal (Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre) ', *Actualidad penal*, nº 8 ( febrero de 2000)

CORDINI, GIOVANNI, 'Bibliografia giuridica dell'ambiente. Il diritto dell'ambiente', *Istituto di Studi Politico-Giuridici dell'Università di Pavia*, <http://www.ittig.cnr.it/Ricerca/Testi/cordini1991.htm>, nota 25 (1991)

CÓRDOBA RODA, JUAN, 'Prólogo', en JOSÉ MARÍA ESCRIVÁ GREGORI (ed) *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal* (Bosch, Barcelona, 1976)

CUADRADO RUÍZ, M<sup>a</sup> ÁNGELES, 'Derecho y Medioambiente', *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, 21 (2010)

CUERDA RIEZU, ANTONIO, '¿Ostenta ius puniendi las Comunidades Europeas?', en GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, et al. (eds) *Hacia un Derecho penal económico europeo* (Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995)

DE ESTEBAN, JORGE & GUERRA LÓPEZ, LUIS, *El régimen constitucional español. Tomo I*, (Labor, Barcelona, 1984)

DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., *Causalidad en los delitos contra el medio ambiente*, 2<sup>a</sup> ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 1999)

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, 'Protección penal de la ordenación del territorio y del ambiente (Tít. XIII, L. II, PANCP 1983)', *Documentación jurídica*, nº 37/40 (1983)

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, 'La reciente historia del delito ecológico: del artículo 347 bis al proyecto de nuevo Código penal de 1994', en JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ (ed) *La protección jurídica del medio ambiente* (Aranzadi, Madrid, 1997)

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, 'Delitos relativos a la ordenación del territorio en el nuevo Código penal de 1995', *Actualidad Penal*, nº 15 (1998)

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, 'Unión Europea, Derecho penal (ambiental) y Derecho comunitario', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *Técnicas de Investigación e infracciones medioambientales* (Estudios de Derecho judicial, nº 75, Madrid, 2005)



DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, 'Armonización penal en la Unión Europea', en MANUEL DA COSTA ANDRADE, et al. (eds) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Vol. I* (Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009)

DE LA CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS, 'Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental', *revista penal*, nº 4 (septiembre-octubre 1999)

DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una valoración administrativa ilícita* (Cedecs, Barcelona, 1996)

DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, 'El papel del Derecho penal para la correcta aplicación de la normativa comunitaria', en AGUSTÍN GARCÍA URETA (ed) *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria* (Instituto vasco de Administración Pública, Oñati, 1998)

DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO, 'Derecho comunitario y derecho estatal en la tutela del ambiente', *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2 (2004)

DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J., *Protección penal y accesoriedad administrativa*, (Cedecs, Barcelona, 1996)

DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, 'La regla non bis in idem en el Derecho procesal penal de la Unión Europea: algunas cuestiones y respuestas', en ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, et al. (eds) *La Justicia y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* (Colex, Madrid, 2008)

DE LAS HERAS Y OJEDA, MARIOLA, 'Responsabilidad ambiental: el derecho español y comunitario', *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, 17 (2008)

DE LEÓN VILLALBA, FRANCISCO JAVIER, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"* (Bosch, Barcelona, 1998)

DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO OCTAVIO & HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., (Rafael Castellanos, Madrid, 1986)

DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, 'Teoría y práctica o el Dr. Jekyll y Mr. Hyde (a propósito de la STC 177/1999, de 11 de octubre) sobre el principio non bis in idem', *Actualidad penal*, nº 22 (2000)

DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, *El principio de legalidad penal*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2004)

DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, 'Relaciones de Derecho penal - Derecho administrativo sancionador en materia de Seguridad en el Trabajo', en JUAN TERRADILLOS BASOCO & MARÍA ALCALÉ SÁNCHEZ (eds) *Estudios jurídicos sobre siniestralidad laboral* (Junta de Andalucía. Consejería de empleo, Sevilla, 2006)

DEBASA NAVALPOTRO, FELIPE R., *Jean Monnet y la Carta Fundacional de la Unión Europea. La declaración de 9 de mayo de 1950*, (Dykinson, Madrid, 2004)

DEL CASTILLO MORA, DANIEL, 'El principio *non bis in idem* en los ilícitos penales y administrativos en materia de medio ambiente y ordenación del territorio: su tratamiento por la doctrina científica y los tribunales', *Reflexiones: revista de obras públicas, transportes y ordenación territorial*, N. 5 (I/08) (2008)

DELGADO GIL, ANDRÉS & BORGIA SORROSAL, SOFÍA, 'La competencia comunitaria en materia de medio ambiente: reflexiones sobre los artículos 2, 3, 6 y 174 del Tratado CE.', *Derecho.com*. <http://www.derecho.com/articulos/2004/02/01/la-competencia-comunitaria-en-materia-de-medio-ambiente-reflexiones-sobre-los-art-culos-2-3-6-y-174-del-tratado-ce/>, (01/02/2004)

DELMAS-MARTY, MIREILLE, 'Introducción', en MIREILLE DELMAS-MARTY, et al. (eds) *Los caminos de la armonización penal* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009)

DELMAS-MARTY, MIREILLE & VERVAELE, JOHN A.E., *Un Derecho penal para Europa: Corpus Iuris 2000: un modelo para la protección penal de bienes jurídicos comunitarios*, (Dykinson, Madrid, 2004)

DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, 'Sobre la armonización de las sanciones en la Unión Europea', *Revista penal*, nº 16 (2005)

DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, 'Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho penal', en FERNANDO PÉREZ ÁLVAREZ (ed) *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Nuñez* (Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007)

DESESSARD, LAURENT, 'France, les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem', *Révue internationat de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002)

DÍEZ-PICAZO, LUIS MARÍA, 'La naturaleza de la Unión Europea', en JOSÉ M<sup>a</sup> BENEYTO PÉREZ, et al. (eds) *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea* (Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009)

DÍEZ PICAZO, LUIS, 'Constitución y fuentes del Derecho', en *La Constitución española y las fuentes del Derecho. Vol. I* (Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979)

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, 'De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado', en *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson Civitas, Madrid, 2005)

DONNA, EDGARDO ALBERTO, 'La sociedad de riesgos y los delitos de peligro abstracto', en CARLOS GARCÍA VALDÉS, et al. (eds) *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat. Tomo I* (Edisofer, s.l., Madrid, 2008)

DOVAL PAIS, ANTONIO, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco* (Tirant lo blanch, Valencia, 1999)

EDWARD, DAVID A.O., 'Efecto directo y primacía del Derecho comunitario. El problema especial de las directivas', *Revista vasca de Administración Pública*, nº 42 (mayo - agosto 1995)

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, LEIRE, *El medio ambiente en la crisis del Estado social: su protección simbólica*, (Comares, Granada, 2006)

ESCRIVÁ GREGORI, JOSE M<sup>a</sup>, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, (Bosch, Barcelona, 1976)

ESPADAS CEJA, JUAN, 'La lucha contra el cambio climático', en *Los retos jurídicos de la Unión Europea* (Escuela Diplomática, Madrid, 1998)

ESTRADA CUADRAS, ALBERT, 'Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005', *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 341 (abril 2006)

EUROPEA, UNIÓN, *Una Constitución para Europa. Roma 29-10-2004* (Oficina de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2004)

FARAMIÑÁN GILBERT, JUAN MANUEL, 'El Tratado de Lisboa (un juego de espejos rotos)', *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 17 (2009)

FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, 'Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Homenaje al profesor doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo* (Thomson Civitas, Navarra, 2005)

FERNÁNDEZ ALBOR, AGUSTÍN, 'Modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial del código penal, en relación con los proyectos anteriores', *Cuadernos de política criminal*, nº 22 (1984)

FERNÁNDEZ GARCÍA, RICARDO, *Principales obligaciones medioambientales para la pequeña y mediana empresa* (Editorial Club Universitario, Alicante, 2006)

FERNÁNDEZ GARCÍA, RICARDO, *La dimensión económica del desarrollo sostenible* (Editorial Club Universitario, Alicante, 2011)

FERNÁNDEZ, GONZALO D., *Bien jurídico y sistema del delito* (Bdf, Montevideo - Buenos Aires, 2004)

FERNÁNDEZ NAVARRETE, DONATO, 'Modelo económico de la Unión Europea: fundamentos y limitaciones', *Información Comercial Española, ICE, Revista de economía*, nº 820 (2005)

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M<sup>a</sup> DOLORES, 'El delito ecológico y la salud pública', *Estudios penales y criminológicos*, vol. 4 (2012)

FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, 'Derecho penal y competencias de las Comunidades Europeas', *Cuadernos de política criminal*, 48 (1992)

FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania : en Apéndice, Código Penal para el Reino de Baviera, parte general*, Trad. de la 14<sup>a</sup> ed. alemana, Giessen, 1847 (Hammurabi, Buenos Aires, 1989)

FIGUEROA ALEGRE, IVO LUIS, 'El derecho ambiental en el ámbito de la Comunidad Europea', *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, 19, Julio (2009)

FLAVIO GOMES, LUIZ, 'Globalización y Derecho penal', en JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, et al. (eds) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir* (Tecnos, Madrid, 2002)

FONDEVILA MARÓN, MANUEL, *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal: el proceso de integración europea* (Tesis doctoral dirigida por el prof. Dr. Javier Ruipérez y Alamillo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2013)

FRANCO SALA, LUIS, 'La política medioambiental comunitaria: planteamientos, instrumentos y resultados', *Revista CIDOB d'afers internacionals*, 34-35 (1996)

FUENTES OSORIO, JUAN LUIS, '¿Delito ecológico como delito de peligro abstracto?', *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 14-17 (2012)

GACTO FERNÁNDEZ, ENRIQUE, et al., 'Manual básico de Historia del Derecho (temas y antología de textos)', in (Laxes, 2009)

GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ, 'Principio "non bis in idem" y cuestiones de prejudicialidad', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997)

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, 4ª ed., (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006)

GARCÍA ALBERO, RAMÓN, *"Non Bis in Idem" Material y Concurso de Leyes Penales*, 1ª ed., (Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1995)

GARCÍA ARÁN, MERCEDES, 'Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal', *Estudios penales y criminológicos*, nº 16 (1992-1993)

GARCÍA BURGUÉS, JULIO, 'Derecho europeo medioambiental. La protección del medio ambiente en la Unión Europea', en ANTONIO VERCHER NOGUERA (ed) *Derecho europeo medioambiental: La protección del medio ambiente en la Unión Europea. Aspectos críticos* (Estudios de Derecho judicial, nº 134, Madrid, 2007)

GARCÍA COSTA, FRANCISCO MANUEL, 'A vueltas con la ley penal en blanco: a propósito del artículo 325.1 del Código penal', en JAIME MIGUEL PERIS RIERA & PABLO CUESTA PASTOR (eds) *La tutela penal del agua* (Dykinson, Madrid, 2011)

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, 'La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración. Dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional', *Revista Española de Derecho Administrativo*, 29 (1981)

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO & FERNÁNDEZ GÓNZÁLEZ, TOMÁS RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*, (Civitas, Madrid, 2004)

GARCÍA ELORRIO, MAGDALENA, 'La eficacia directa de los principios generales del Derecho como medio para garantizar la efectividad de la responsabilidad medioambiental europea' (Tesis doctoral en la Universidad de Murcia, Dpto. D. advo)', *Revista Cordobesa de Derecho Internacional Público (RECORDIP)*, Vol. 1, nº 1 (2009)

GARCÍA HERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> YOLANDA, 'Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente', en JUAN ANTONIO MARTOS NUÑEZ (ed) *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y el medio ambiente* (Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997)

GARCÍA LUPIOLA, ASIER, 'La Unión Europea en la conferencia sobre el cambio climático de Copenhague: lucha frustrada a favor de un texto jurídicamente vinculante', *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, 21 (2010)

GARCÍA MORENO, JOSÉ MIGUEL, 'La regulación de la cooperación judicial en materia penal en el Tratado de Lisboa', *El derecho*, (2010)

GARCÍA PÉREZ, RAFAEL, 'La aplicación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia sobre libre circulación de mercancías del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas', *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 5 (2001)

GARCÍA RIVAS, NICOLÁS, *Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial*, (Praxis, Barcelona, 1998)

GARCÍA VALDÉS, CARLOS, *El proyecto de nuevo Código penal: dos estudios de parte especial*, (Tecnos, Madrid, 1992)

GARCÍA VALDÉS, CARLOS, 'Aspectos más importantes de la reforma que justifican la aparición de un nuevo Código penal.', *Estudios penales y criminológicos*, nº 16 (1992-1993)

GARRIDO FALLA, FERNANDO, 'Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas', *Revista de Administración Pública*, nº 28 (1959)

GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., (Civitas, Madrid, 2001)

GARTNER, IRENE, 'Austria, concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle "ne bis in idem"', *Révue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002)

GELLER, BALAZS, 'Hungarian national report on the principle of ne bis in idem', *Revue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002)

GIANNINI, M. S., 'Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici', *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, (1973)

GIL-ROBLES GIL-DELGADO, JOSE Mª, 'El principio de subsidiaridad en la construcción europea', *Cuadernos de la cátedra Fadrique Furió Cerios*, nº 2 (Valencia, 1993)

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, '¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? (Responsabilidad por el producto, accesoriedad administrativa del Derecho penal y decisiones colegiadas)', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. LII (1999)

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 2ª ed., (Bdf, Montevideo - Buenos Aires, 2007)



GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, 'Presentación', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmatico?* (Marcial Pons, Madrid, 2007)

GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS, 'Constitución europea y Derecho penal: ¿hacia un Derecho penal federal europeo?', en SILVINA BACIGALUPO & MANUEL CANCIO MELIÁ (eds) *Derecho penal y política transnacional* (Atelier, Barcelona, 2005)

GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS, 'Modelos del sistema europeo de Derecho penal ¿unificación versus armonización?', en MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (ed) *Constitución europea y Derecho penal económico* (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006)

GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS, '¿Federalismo jurídico-penal en la Constitución europea?', en LUIS ARROYO ZAPATERO & ADÁN NIETO MARTÍN (eds) *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2007)

GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, 'La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (El proyecto Corpus Iuris)', *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 6 (2000)

GÓMEZ PAVÓN, PILAR, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogás tóxicas o estupefacientes y análisis del art. 383 Cp*, 4ª ed., (Bosch, Barcelona, 2010)

GÓMEZ LANZ, JAVIER, '¿En qué medida el Derecho penal es un instrumento jurídico de respuesta ante los desafíos del cambio climático?', *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 86, mayo-agosto (2012).

GONZÁLEZ GUITIÁN, LUIS, 'Sobre la accesoriedad del Derecho penal en la protección del ambiente', *Estudios penales y criminológicos*, 14 (1989-1990)

GÓNZALEZ VIADA, NATACHA, *Derecho penal y globalización* (Marcial Pons, Madrid, 2009)

GÓRRIZ ROYO, ELENA, 'El principio non bis in idem y la regla de preferencia del orden jurisdiccional penal a la luz de la STC 177/1999, de 11 de octubre', *Revista de Ciencias Penales*, vol.v3 (2000)

GÓRRIZ ROYO, ELENA, 'Sentido y alcance del ne bis in idem respecto a la preferencia de la jurisdicción penal en la jurisprudencia constitucional (en especial la STC 2/2003, de 16 de enero)', *Estudios penales y criminológicos*, nº 24 (2002-2003)

GRACIA MARTÍN, LUIS, '¿Qué es modernización del Derecho penal?', en JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, et al. (eds) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al prof. dr. D. José Cerecho Mir* (Tecnos, Madrid, 2002)

GRACIA MARTÍN, LLUIS, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia* (Tirant lo blanch, Valencia, 2003)

GRACIA MARTÍN, LUIS, 'Algunas reflexiones sobre la pretendida contrariedad del Derecho penal moderno a los principios y garantías penales del estado de derecho', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, et al. (eds) *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del prof. Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009)

GRASSO, GIOVANNI, *Comunità europee e diritto penale: i rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli stati membri* (Giuffrè ed., Milán, 1989)

GRASSO, GIOVANNI, *Comunidades europeas y Derecho penal. Las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas penales de los Estados miembros* (Servicio de publicaciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 1993)

GRASSO, GIOVANNI, 'El futuro de la armonización del Derecho penal en la ampliación de la Unión Europea', en JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA & JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA

ESPINAR (eds) *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo I* (Marcial Pons, Madrid, 2004)

GUALLART Y DE VIALA, ALFONSO, 'Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. XXXII, Fasc. III (1979)

HASSEMER, WINFRIED, 'Jenseits des Funktionalismus', en PHILIPPS/SCHOLLER (ed) *Arthur Kaufmann 65. Geburtstag* (Decker&MÜLLER, Heidelberg, 1989)

HASSEMER, WINFRIED, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., (Verlag CH Beck, 1990)

HASSEMER, WINFRIED, 'Rasgos y crisis del Derecho penal moderno', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 45, nº 1 (1992)

HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos de Derecho penal* (Bosch, Barcelona, 2005)

HASSEMER, WINFRIED, '¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007)

HASSEMER, WINFRIED & MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal* (Tirant lo blanch, Valencia, 1989)

HEFENDEHL, ROLAND, '¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto', *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, nº 19 (2001)

HEFENDEHL, ROLAND, 'El bien jurídico como eje material de la norma penal', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007)

HEFENDEHL, ROLAND, 'Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de*  
512

*legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007)

HERMANN, JOAQUIM, 'Protection of environment through penal law in the Federal Republic of Germany', *Révue Internationale de droit pénal*, 4º trim. (1978)

HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES, 'Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. XLVII, Fasc. II (1994)

HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, 2ª ed., (Editorial jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1992)

HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, 'Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal', en JUAN TERRADILLOS BASOCO (ed) *El delito ecológico* (Trotta, Madrid, 1992)

HUERGO LORA, ALEJANDRO, *Las sanciones administrativas* (Iustel, Madrid, 2007)

HUERTA TOCILDO, SUSANA, 'Principio de legalidad y normas sancionadoras', en *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* (Tribunal Constitucional. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2000)

HUERTA TOCILDO, SUSANA, 'Principios básicos del Derecho penal y art. 325 del Código penal', *Revista Penal*, nº 8 (2001)

HUERTA TOCILDO, SUSANA, 'Ilícito penal e ilícito disciplinario de funcionarios', en JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS (ed) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al prof. Dr. José Cerezo Mir* (Tecnos, Madrid, 2002)

IRUNZUN MONTORO, FERNANDO, 'La Convención Europea. Líneas de desarrollo en materia de cooperación judicial penal', en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*. (Cuadernos de Derecho judicial, nº 13, 2003)

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, SILVIA, *Derecho ambiental*, 2ª ed., (Dykinson, Madrid, 2004)

JAWORSKI, VERONIQUE, 'L'état du droit pénal de l'environnement français: entre forces et faiblesses', *Les cahiers du droit*, Vol. 50, nº 3-4 (septembre - décembre 2009)

JELLINEK, GEORG, *La teoría general del Estado*, Traducción de la 2ª ed. alemana y prólogo por Fernando de los Ríos, (Bdef, Montevideo - Buenos Aires, 2005)

JESCHECK, HANS HEINRICH, 'Possibilità e limiti di un Diritto penale per la protezione dell'Unione Europea', en LORENZO PICOTTI (ed) *Possibilità e limiti di un Diritto penale dell'Unione Europea* (Giuffrè editore. Pubblicazioni del Centro di Diritto penale europeo Catania, Milán, 1999)

JIMÉNEZ MOSTAZO, ANTONIO & ALVARADO RODRÍGUEZ, PEDRO, 'Ne bis in idem, un principio constitucional de creación jurisprudencial (III). Formulación constitucional', *Anualidad de la Facultad de Derecho*, vol. XXIII (2005)

JORGE BARREIRO, AGUSTÍN, 'El bien jurídico protegido en los delitos contra el medio ambiente en el CP de 1995', en AGUSTÍN JORGE BARREIRO (ed) *Estudios sobre la protección penal del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español* (Comares, Granada, 2005)

JUANES PECES, ÁNGEL, 'Armonización del Derecho penal en la Unión Europea', *El derecho* (2010)

KAWAIDE, TOSHIHIRO, 'Japan, concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle "ne bis in idem"', *Revue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002)

KLIP, ANDRE & VAN DER WILT, HARMEN, 'The Netherlands non bis in idem', *Revue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002)

KREMPEL VARELA, LUCIANA, 'As tutelas constitucional e penal do meio ambiente', *revista de Estudos Politécnicos*, Vol. VIII, nº 13 (2010)

KUBICKI, LESZEK, 'Pologne, les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem ', *Revue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002)

LA PERGOLA, ANTONIO, 'Sguardo sul federalismo e i suoi dintorni (una célèbre dicotomía: "Stato federale -confederazione-, la confederazione di tipo antico e moderno. L'idea europeistica di comunità', *Diritto e Società*, nº 3 (1992)

LAHTI, RAIMO, 'Finland, concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle of ne bis in idem', *Révue international de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002)

LAMARCA PÉREZ, CARMEN, ' Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución Española', *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, nº 20 (1987)

LAMARQUE, JEAN, et al., *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*, (L.G.D.J., Paris, 1973)

LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO, *Crónica de la codificación española, nº 5. Codificación penal, vol. I*, (Ministerio de Justicia, Madrid, 1970)

LENAERTS, KOEN & GUTIÉRREZ-FONS, JOSÉ A., 'El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el proceso de integración europea', en JOSÉ Mª BENEYTO PÉREZ, et al. (eds) *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea* (Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012)

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *El principio "non bis in idem"* (Dykinson, Madrid, 2004)

LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA, 'Código penal alemán traducido al español', <http://www.mpf.gov.ar/docs/RepositorioB/Ebooks/qe1085.pdf>

LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO, 'El derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales', en JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ (ed) *La protección jurídica del medio ambiente* (Aranzadi, Pamplona, 1997)

LÓPEZ RAMÓN, FERNANDO, 'Caracteres del Derecho comunitario europeo ambiental', *Medio Ambiente & Derecho. Revista electrónica de derecho ambiental*. <http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus>, 1 (1998)

LOZANO CUTANDA, BLANCA, *Derecho ambiental administrativo*, 1ª ed. La Ley, 11ª ed. de la obra, (La Ley, Madrid, 2010)

LOZANO CUTANDA, BLANCA & PLAZA MARTÍN, CARMEN, 'La política de medio ambiente', en ENRIQUE LINDE PANIAGUA (ed) *Políticas de la Unión Europea* (Ed. Colex, Madrid, 2007)

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Curso de Derecho penal, parte general, I*, 1ª ed. 3ª reimpr., (Editorial Universitas, S.A., Madrid, 2010)

MADRID CONESA, FULGENCIO, *La legalidad del delito*, (Universidad de Valencia, Valencia, 1983)

MANGAS MARTÍN, ARACELI, 'Un tratado no tan simple: el realismo mágico del funcionalismo', *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 30 (2008)

MARINA JALVO, BELÉN, 'La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales: Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem', *Revista de Administración Pública*, 162 (septiembre-diciembre 2003)

MARTÍN ARRIBAS, JUAN JOSÉ, *La Unión Europea ante el fenómeno del cambio climático* (Universidad de Burgos. Servicio de Publicaciones, Burgos, 2005)

MARTÍN DE LA GUARDIA, RICARDO & PÉREZ SÁNCHEZ, GUILLERMO, 'Las sucesivas ampliaciones. De la Europa de los Seis a la Europa de los Veintisiete', en JOSÉ Mª

BENEYTO PÉREZ, et al. (eds) *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea* (Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009)

MARTÍN LORENZO, MARÍA & ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO, 'Guía InDret Penal de la jurisprudencia sobre responsabilidad por riesgos laborales', *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (05/05/2009).

MARTÍN MATEO, RAMÓN, 'El delito ambiental. Reflexiones desde el Derecho administrativo', *Revista de estudios de la Administración local y autonómica*, nº 238 (1988)

MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Tratado de Derecho ambiental* (Trivium, Madrid, 1991)

MARTÍN MATEO, RAMÓN, *Manual de Derecho ambiental* (Thomson Aranzadi, Navarra, 2003)

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 'Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del big crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)', en JOSÉ LUIS DíEZ RIPOLLÉS, et al. (eds) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir* (Tecnos, Madrid, 2002)

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 'Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente', en TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN (ed) *Derecho penal. Parte especial* (Tirant lo blanch, Valencia, 2008)

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, 'Los delitos de peligro en el Derecho penal económico y empresarial', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Nº 2 (2012)

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, JOSÉ M<sup>a</sup>, 'Aspectos económicos de la política del medio ambiente en la Unión Europea', en ISABEL VEGA MOCOROA (ed) *La integración económica europea* (Lex Nova, Valladolid, 1998)



MARTÍNEZ SOSPEDRA, MANUEL, *Aproximación al Derecho constitucional español: La Constitución de 1978*, 2ª edición corregida y aumentada, (Fernando Torres, Valencia, 1983)

MATA Y MARTÍN, RICARDO M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro* (Comares, Granada, 1997)

MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, 'La incidencia del Derecho Comunitario en la protección penal del Medio Ambiente', *Noticias de la Unión Europea*, 240 (2005)

MATELLANES RODRÍGUEZ, NURIA, *Derecho penal del medio ambiente* (Iustel, Madrid, 2008)

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Derecho penal y protección del medio ambiente* (Colex, Madrid, 1992)

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, 'La Unión Europea y su incidencia en los derechos penales nacionales', *La ley*, Tomo 2 (1995)

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente* (Colex, Madrid, 1998)

MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, ANTONIO, *Los delitos relativos al medio ambiente* (Colex, Madrid, 1998)

MAURANDI GUILLÉN, NICOLÁS, 'Infracciones administrativas en las materias de consumo y salud', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador* (CGPJ. Cuadernos de Derecho judicial nº 11, Madrid, 1997)

MENA ALVAREZ, JOSÉ Mª, 'La ecología como bien jurídico protegido', en *El proyecto de Código penal* (Iltre. Colegio de Abogados de Barcelona. Academia de Jurisprudencia y Legislación, Barcelona, 1980)

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación* (Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, UCM, Madrid, 1993)

MENDO ESTRELLA, ÁLVARO, 'La compleja estructura de peligro en el denominado delito ecológico del artículo 325.1 del Código penal: algunas alternativas', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, vol. LXI (2008)

MENDO ESTRELLA, ÁLVARO, *El delito "ecológico" del artículo 325.1 del Código penal* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009)

MENDOZA BUERGO, BLANCA, 'Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. LII (1999)

MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo* (Civitas, Madrid, 2001)

MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto* (Comares, Granada, 2001)

MENDOZA BUERGO, BLANCA, 'La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto', *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, nº 9 (2002)

MESTRE DELGADO, ESTEBAN, "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal" (*Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1998)

MEZGER, EDMUND, *Derecho Penal. Libro de estudio. Parte general* (Editorial bibliográfica argentina, Buenos Aires, 1958)

MILLÁN MORO, LUCÍA, 'Aplicabilidad directa y el efecto directo en el Derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo', *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 11, nº 1 (mayo-agosto 1984)

MINISTERIO DE JUSTICIA, SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA, *Recomendaciones y resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia jurídica* (Centro de publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid, 1992)

MIR PUIG, SANTIAGO, 'Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi', *Estudios penales y criminológicos*, nº 14 (1989-1990)

MIR PUIG, SANTIAGO, 'Conducción temeraria y el nuevo art. 340 bis d) del Código penal', en DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA & FRANCISCO SOTO NIETO (eds) *Derecho de la circulación: Aspectos civiles y penales*. (CESEJ (Centro de Estudios Jurídicos), Madrid, 1993)

MIR PUIG, SANTIAGO, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1ª ed., (Ariel Derecho, Barcelona, 1994)

MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., (BdF, Buenos Aires, 2003)

MIR PUIG, SANTIAGO, *Estado, pena y delito* (BdF, Montevideo - Buenos Aires, 2006)

MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., (Reppertor, Barcelona, 2011)

MONNET, JEAN, *Memorias* (Encuentro. Instituto Universitario de Estudios Europeos CEU, Madrid, 2010)

MORA ALISEDA, JULIÁN & VELÁSQUEZ PÉREZ, RAFAEL, 'Los problemas ambientales y su dimensión internacional', en ANTONIO VERCHER NOGUERA (ed) *Derecho europeo medioambiental: La protección del Medio Ambiente en la Unión Europea. Aspectos críticos* (Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007)

MORALES PRATS, FERMÍN, 'La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro', en JOSÉ MANUEL VALLE MUÑOZ (ed) *La protección jurídica del medio ambiente* (Aranzadi, Pamplona, 1997)

MORALES PRATS, FERMÍN, en GONZALO QUINTERO OLIVARES (ed) *Comentarios a la parte especial del Derecho penal* (Thomson Reuters. Aranzadi, Navarra, 2010)

MORCILLO MORENO, JUANA, *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho Administrativo*, 1ª ed., (La Ley, Madrid, 2007)

MORENO ALCÁZAR, JOSÉ MANUEL, *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos (una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad)*, (Tirant lo blanch, Valencia, 2002)

MORENO JUSTE, ANTONIO, 'El proceso de construcción europea: de la CECA a la UE', en JUAN CARLOS PEREIRA (ed) *Historia de las relaciones internacionales contemporáneas*. 2ª ed. act. (Ariel, Barcelona, 2009)

MOREU CARBONELL, ELISA, 'Relaciones entre el Derecho administrativo y el Derecho penal en la protección del medio ambiente', *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 87 (1995)

MORILLAS CUEVAS, LORENZO, 'Reflexiones sobre el Derecho penal del futuro', *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 04 - 06 (2002)

MORILLAS CUEVAS, LORENZO, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho penal. Ley penal.*, (Dykinson, Madrid, 2004)

MÜLLER-TUCKFELD, JENS CHRISTIAN, 'Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente', en CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (ed) *La insostenible situación del Derecho penal* (Comares, Granada, 2000)

MUÑOZ CLARES, JOSÉ, *Ne bis in idem y Derecho penal. Definición, patología y contrarios* (Diego Marín, Murcia, 2006)

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho penal. Parte especial*, 18ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 2010)

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO & GARCÍA ARÁN, MERCEDES, *Derecho Penal. Parte general.*, 8ª ed., (Tirant lo blanch, Valencia, 2010)

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, MARTA, 'Los Derechos penales federales y el Derecho penal europeo', en LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO & ADÁN NIETO MARTÍN (eds) *Los Derechos Fundamentales en el Derecho penal europeo* (Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2010)

MUÑOZ LORENTE, JOSÉ, *La nueva configuración del principio non bis in idem. Las sanciones administrativas como límite a la intervención de la jurisdicción penal. Especial referencia al ámbito medioambiental* (ECOIURIS, Madrid, 2001)

MÜSSIG, BERND, 'Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal', *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 9 (2002)

MÜSSIG, BERND, 'Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema.', *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, nº 9 (2002)

NACIONES UNIDAS. CENTRO DE INFORMACIÓN, 'Desertificación' (2010)

NAVARRO CARDOSO, FERNANDO, 'El principio non bis in idem a la luz de la STC 177/1999: exposición y crítica', en ADÁN NIETO MARTÍN (ed) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. Vol. I* (Ediciones Universidad de Salamanca y Ediciones Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2001)

NIETO GARCÍA, ALEJANDRO, *Derecho Administrativo sancionador*, 5ª ed., (Tecnos, Madrid, 2012)

NIETO MARTÍN, ADÁN, 'La influencia presente y futura del ordenamiento comunitario sobre el Derecho penal económico español', en DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. XVII JORNADAS DE ESTUDIO (ed) *La Constitución Española en el ordenamiento comunitario europeo (II). Vol. I* (BOE, Madrid, 1998)

NIETO MARTÍN, ADÁN, 'Modelos de organización judicial en el Derecho penal europeo', en LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO & ADÁN NIETO MARTÍN (eds) *Los Derechos Fundamentales en el Derecho penal europeo* (Thomson Reuters, Navarra, 2010)

OBREGÓN GARCÍA, ANTONIO & GÓMEZ LANZ, JAVIER, *Derecho penal. Parte general: Elementos básicos de teoría del delito*, (Tecnos, Madrid, 2012)

O'LEARY, SIOFRA & FERNÁNDEZ MARTÍN, JOSE M<sup>a</sup>, '¿Hacia la Europa de las regiones? El principio de la subsidiaridad, la integración europea y el futuro de las entidades subestatales', *Revista de estudios políticos (Nueva época)*, nº 90 (oct-dic 1995).

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, (Sección de publicaciones. Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1981)

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO & HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., (Rafael Castellanos, Madrid, 1986)

PAGLIARIO, ANTONIO, 'Límites a la unificación del Derecho penal europeo', en GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, et al. (eds) *Hacia un Derecho penal económico europeo* (Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995)

PALOMO DEL ARCO, ANDRÉS, 'Convenio 2000. Ámbito de aplicación y relación con otros convenios', en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional* (Cuadernos de Derecho judicial nº 13, 2003)

PAPAUX, ALAIN, "'De la nature au milieu: l'homme plongé dans l'environnement', *Révue interdisciplinaire d'études juridiques*, nº 1. Vol. 60 (2008).

PARDO LÓPEZ, MAGNOLIA, 'Tutela penal y administrativa del dominio público hidráulico: Especial consideración de los aspectos problemáticos del principio "non bis in idem" en la jurisprudencia constitucional', en JAIME MIGUEL PERIS RIERA & PABLO CUESTA PASTOR (eds) *La tutela penal del agua* (Dykinson, Madrid, 2011)

PARDO LÓPEZ, M<sup>a</sup> MAGNOLIA, et al., '*Derecho Constitucional III. Tema 10.*', (2010). Visitado el 19/05/2012 en <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-constitucional-iii/material-de-clase-1/non-bis-in-idem.pdf>.

PAREDES CASTAÑÓN, JOSE MANUEL, *El riesgo permitido en el Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, (Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995)

PAREDES CASTAÑÓN, JOSE MANUEL, 'El límite entre imprudencia y riesgo permitido en el Derecho penal ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. XLIX. Fasc. III (1996).

PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX M<sup>a</sup>, 'El perfeccionamiento de la tipicidad del fraude de subvenciones', en FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, et al. (eds) *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009)

PEDREIRA GONZÁLEZ, FÉLIX M<sup>a</sup>, 'El tipo básico', en FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA (ed) *El delito de tráfico de drogas* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009)

PÉREZ ÁLVAREZ, FERNANDO, *Protección penal del consumidor: salud pública y alimentación. Análisis del tipo objetivo del delito alimentario nocivo* (Praxis, Barcelona, 1991)

PÉREZ DEL VALLE, CARLOS, 'Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad', *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 4 (octubre 2008).

PÉREZ FERRER, FÁTIMA, 'Consideraciones sobre las recientes líneas de política criminal en España', *Anales de Derecho.*, nº 30 (2012).

PÉREZ MANZANO, MERCEDES, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem* (Tirant lo blanch, Valencia, 2002)

PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, *Delitos contra el medio ambiente* (Universidad de Valencia, Valencia, 1984)

PERIS RIERA, JAIME MIGUEL, 'Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU (ed) *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal* (Dykinson, Madrid, 2005)

PERNAS GARCÍA, JUAN JOSÉ, 'Los principios de la política ambiental comunitaria y la libre circulación de mercancías', *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 5 (2001).

PISANI, MARIO, 'Italie, le principe ne bis in idem au niveau international et laprocédure pénale italienne ', *Révue internationat de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002).

PLAZA MARTÍN, CARMEN, *Derecho Ambiental de la Unión Europea* (Tirant lo blanch, Valencia, 2005)

POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, 'Aspectos político-criminales de los delitos contra el medio ambiente', en JUAN JOSÉ GÓNZALEZ RUS (ed) *Estudios penales y jurídicos* (Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996)

PORTERO DE LA TORRE, M<sup>a</sup> DEL ROSARIO & ZUGALDÍA ESPINAR, JOSE MIGUEL, 'Principio de legalidad y non bis in idem: A propósito de la STC 177/1999, de 11 de octubre', en JOSE MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR & EDUARDO ROCA ROCA (eds) *Los Derechos Humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García* (Universidad de Granada, Granada, 2001)

PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, 'Legitimación del Derecho penal a través de la doctrina del bien jurídico, teorías de la justicia y bienes jurídicos colectivos', en MIGUEL



DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO & JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (eds) *Estudios de Filosofía del Derecho penal* (Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006)

PRADEL, JEAN, 'Delitos contra el medio ambiente ', en KLAUS TIEDEMANN (ed) *Eurodelitos. El derecho penal económico en la Unión Europea* (Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003)

PRATS CANUT, JOSÉ MIGUEL & MARQUÈS I BANQUÉ, MARÍA, 'De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente', en GONZALO QUINTERO OLIVARES & FERMÍN MORALES PRATS (eds) *Comentarios al nuevo Código penal* (Aranzadi, Navarra, 2005)

PRATS CANUT, JOSÉ MIGUEL, et al., *Derecho penal ambiental y Derecho comunitario. La Directiva IP* (Aranzadi, Navarra, 2002)

PRITTWITZ, CORNELIUS, 'El Derecho penal alemán ¿fragmentario, subsidiario? ¿ultima ratio?', en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT & ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (eds) *La insostenible situación del Derecho penal* (Comares, Granada, 2000)

PRITTWITZ, CORNELIUS, 'Sociedad de riesgo y Derecho penal', en LUIS ARROYO ZAPATERO, et al. (eds) *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo* (Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003)

PROYECTOS MEDIOAMBIENTALES S.A. (PROYMASA), *Programa LIFE - Medio Ambiente de la Unión Europea. Acciones financiadas en España*, (Centro de Publicaciones, Secretaria General Técnica, Ministerio de Medio Ambiente, madrid, 2003)

PUSCHKE, JENS, 'Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito', *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, nº 4 (2010).

QUERALT JIMÉNEZ, JOAN, *Derecho Penal. Parte especial.*, 6ª, (Atelier, Barcelona, 2010)

QUERALT, JOAN J., *El principio non bis in idem*, (Tecnos, Madrid, 1992)

QUINTERO OLIVARES, GONZALO, 'La unificación de la Justicia Penal en Europa', *Revista penal*, 3 (1999).

QUINTERO OLIVARES, GONZALO, 'Derecho penal y Unión Europea: territorio y competencia. El Espacio Judicial Europeo', en *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos* (Estudios de Derecho judicial, nº 155, 2009)

QUINTERO OLIVARES, GONZALO, 'Derecho penal y Unión Europea: Territorio y competencia. El espacio judicial europeo', en *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*. (Estudios de Derecho judicial nº 155, 2009)

QUINTERO OLIVARES, GONZALO & MORALES PRATS, FERMÍN, *Parte general del Derecho penal*, 3ª ed. rev, ampl y puesta al día, (Thomson Aranzadi, Navarra, 2010)

QUINTERO OLIVARES, GONZALO, et al., *Manual de Derecho penal*, 3ª ed., (Aranzadi, Madrid, 2002)

QUINTERO OLIVARES, GONZALO & MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *La reforma penal de 1983* (Destino, Barcelona, 1984)

RAMÍREZ TORRADO, MARÍA LOURDES, *El principio non bis in idem en el ámbito ambiental administrativo sancionador*, (Tesis doctoral dirigida por el prof. Dr. Agustín de Asís Roig, Universidad Carlos III de Madrid, Dpto. Derecho Público del Estado, 2008)

REBOLLO PUIG, MANUEL, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública* (INAP, Madrid, 1989)

REBOLLO PUIG, MANUEL, 'Derecho administrativo sancionador y Derecho penal', en MANUEL REBOLLO PUIG, et al. (eds) *Derecho administrativo sancionador* (Lex Nova, Valladolid, 2010)

REBOLLO PUIG, MANUEL, et al., *Derecho Administrativo sancionador*, (Lex Nova, Valladolid, 2009)

RIERA PERIS, JAIME MIGUEL, 'Delitos de peligro y sociedad de riesgo: una constante discusión en la dogmática penal de la última década', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU (ed) *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal* (Dykinson, Madrid, 2005)

RIVES SEVA, ANTONIO PABLO, 'El principio non bis in idem y su significación actual en el Derecho administrativo sancionador', *Revista del Poder Judicial*, nº 32 (1993).

RODAS MONSALVE, JULIO CÉSAR, *Protección penal y medio ambiente* (PPU, Barcelona, 1993)

RODRÍGUEZ DEvesa, JOSÉ MARÍA, ' Los delitos culposos cometidos por medio de vehículos de motor y la ley de 24 de Diciembre de 1962', en JEFATURA CENTRAL DE TRÁFICO CON LA COLABORACIÓN DEL CENTRO INTERNACIONAL DI STUDI GIURIDICI SULLA CIRCOLAZIONE STRADALE (ITALIA) (ed) *Conferencias y comunicaciones del V Curso internacional de derecho de la circulación* (Hauser y Menet, Madrid, 1963)

RODRÍGUEZ DEvesa, JOSÉ MARÍA & SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho penal español. Parte especial*, 18ª ed., (Dykinson, Madrid, 1995)

RODRÍGUEZ DEvesa, JOSÉ MARÍA & SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho Penal Español. Parte General.*, 18ª ed., (Dykinson, Madrid, 1995)

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, IGNACIO & OLMEDO CARDENETE, MIGUEL, 'Artículo 325', en MANUEL COBO DEL ROSAL (ed) *Comentarios al Código penal. Segunda época. Tomo X (Vol. II) Libro XVI, de los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (Artículos del 319 al 340)*, (CESEJ, Madrid, 2006)

RODRÍGUEZ LÓPEZ, PEDRO, *Medio ambiente, territorio, urbanismo y Derecho penal. La Administración Pública como garante* (Bosch, Barcelona, 2007)

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia* (Servicio de publicaciones de la UCM, Madrid, 1994)

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia* (Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2004)

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, 'Expansión del Derecho penal y límites constitucionales', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, et al. (eds) *Constitución, Derechos Fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009)

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, *Derecho penal, parte general* (Civitas, Madrid, 1978)

RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, 'Prólogo', en *El Derecho penal en la sociedad del riesgo* (Civitas, Madrid 2001)

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, 'Sobre una inadecuada pretensión de proteger penalmente el medio ambiente (Arts. 323 a 325 del Proyecto)', en *La reforma legal y penitenciaria* (Secretariado de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1980)

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, 'Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España', *Estudios penales y criminológicos*, nº 5 (1980-1981).

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, 'Protección penal del ambiente', en MANUEL COBO DEL ROSAL & MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (eds) *Comentarios a la legislación penal. Tomo I. Derecho penal y Constitución* (EDERSA, Madrid, 1982)

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, 'Alternativas de la protección penal del medio ambiente', *Cuadernos de política criminal*, nº 19 (1983).

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, *Derecho Penal. Parte especial III.*, (Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1999)

RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, *Compendio de Derecho penal (Parte general)*, 2ª ed., (Dykinson, Madrid, 2010)

RODRÍGUEZ Y HERRERO DE MIÑÓN, MIGUEL, 'A vueltas con la soberanía', *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 84 (2007)

ROMEO MALANDA, SERGIO, 'Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa', *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXII (2012)

ROXIN, CLAUS, '¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, madrid, 2007)

ROXIN, CLAUS, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1ª. 5ª reimpr., (Civitas, Madrid, 2008)

RUIZ ROBLEDO, AGUSTÍN, *El derecho fundamental a la legalidad punitiva* (Tirant lo blanch, Valencia, 2003)

RUIZ VADILLO, ENRIQUE, 'La aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho administrativo sancionador, examinados desde la vertiente constitucional, administrativa y penal', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador* (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997)

S.S. Pío XI, *Quadragesimo anno*, (Roma, 15/05/1931)

SAMANIEGO BONEU, MERCEDES, 'Antecedentes del proceso de integración europea. La idea de Europa hasta 1950', en JOSÉ Mª BENEYTO PÉREZ, et al. (eds) *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea* (Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009)

SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, 'El principio de función subsidiaria', *Revista de estudios políticos*, nº 115-120 (1961).

SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, *Principios de teoría política*, 4ª ed., (Editora Nacional, Madrid, 1972)

SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, 'La jerarquía normativa en la Constitución de 1978', en *La Constitución española y las Fuentes del Derecho. Vol. III* (Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979)

SÁNCHEZ EGIDO, ÁNGEL, 'La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales', *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, nº 14 (2007)

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Mª ISABEL, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, (Secretariado de publicaciones e intercambio científico . Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999)

SÁNCHEZ GASCÓN, ALONSO, *Duplicidad de sanciones ("non bis in idem")*, (Ex libris, Madrid, 2004)

SANTA CECILIA GARCÍA, FERNANDO, 'Delitos contra los recursos naturales y medio ambiente', en FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, et al. (eds) *Libro Homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2012)

SANZ BAOS, PALOMA, 'Los principios de prevención y cautela en el Derecho ambiental', *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 19 (01/07/2004)

SANZ HERMIDA, ÁGATA Mª, 'El futuro espacio europeo de justicia penal', *Revista del Poder Judicial*, nº 71 (2003)

SANZ MORÁN, ÁNGEL JOSÉ, 'Reflexiones sobre el bien jurídico', en JUAN CARLOS CARBONELL MATEU, et al. (eds) *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*

(*semblanzas y estudios con motivo del 70 aniversario del prof. T. S. Vives Antón*). Tomo II (Tirant lo blanch, Valencia, 2009)

SCHÜNEMANN, BERND, 'La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal', en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología* (UNED, Madrid, 2001)

SCHÜNEMANN, BERND, 'El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007)

SEELMANN, KURT, 'El concepto de bien jurídico, el harm principle y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007)

SEHER, GERHARD, 'La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007)

SERRANO GÓMEZ, ALFONSO & SERRANO MAÍLLO, ALFONSO, *Derecho penal. Parte especial*, 15ª ed., (Dykinson, Madrid, 2010)

SERRANO TÁRRAGA, Mª DOLORES, et al., *Tutela penal ambiental* (Dykinson, Madrid, 2009)

SESSANO GOENAGA, JAVIER CAMILO, 'La protección penal del medio ambiente', *revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. [www.recpc.com](http://www.recpc.com), 04-11 (2002).

SGUBBI, FILIPPO, 'Derecho penal comunitario', *Cuadernos de política criminal*, 58 (1996).

SIEBER, ULRICH, 'Los factores que guían la armonización del Derecho penal', en MIREILLE DELMAS-MARTY, et al. (eds) *Los caminos de la armonización penal* (Tirant lo blanch, Valencia, 2009)

SILVA CASTAÑO, M<sup>a</sup> LUISA, 'Breves reflexiones en torno a la necesidad de creación de un Derecho penal para Europa', en MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (ed) *Constitución europea y Derecho penal económico* (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006)

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (J.M. Bosch, Barcelona, 1992)

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, '¿Competencia "indirecta" de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho penal?', *La ley*, nº 1 (1993)

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º del CP (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)', en *Derecho de la conducción* (CESEJ, Madrid, 1993)

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) del Código penal (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)', en DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA & FRANCISCO SOTO NIETO (eds) *Derecho de la circulación: Aspectos civiles y penales* (CESEJ, Madrid, 1993)

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, '¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código penal', *La ley*, Tomo 3 (1997)

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Las "normas de complemento" de las leyes penales en blanco pueden emanar de las Comunidades Autónomas', *Revista del Poder Judicial*, 4ª época, nº 52 (1998)

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Delitos contra el medio ambiente* (Tirant lo blanch "Colección delitos" nº 24, Valencia, 1999)



SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Prólogo a la edición española', en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT & ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (eds) *La insostenible situación del Derecho penal* (Comares, Granada, 2000)

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., (Bdf, Buenos Aires, 2001)

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Crítica a los principios inspiradores del pretendido "Derecho penal europeo"', en SANTIAGO MIR PUIG & MIRENTXU CORCOY BIDASOLO (eds) *La política criminal en Europa* (Atelier, Barcelona, 2004)

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Los principios inspiradores de las propuestas de un Derecho penal europeo. Una aproximación crítica', *Revista penal*, 13 (2004).

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Constitución europea, legalidad y Derecho penal económico', en MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ (ed) *Constitución europea y Derecho penal económico* (Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006)

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales* (BdF, Buenos Aires - Montevideo, 2006)

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Principio de legalidad y legislación penal europea: ¿una corvengencia imposible?', en LUIS ARROYO ZAPATERO & ADÁN NIETO MARTÍN (eds) *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2007)

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., ampliada y actualizada, (J.M. Bosch, Barcelona, 2010)

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, (Colección Justicia Penal. Atelier, Barcelona, 2012)

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, 'Las normas complemento de las leyes penales en blanco pueden emanar de las Comunidades Autónomas', *Revista del Poder Judicial. CGPJ*, nº 52 (cuarto trimestre 1998)

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA & MONTANER FERNÁNDEZ, RAQUEL, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, (Atelier, Barcelona, 2012)

SOTILLO LORENZO, JOSÉ ÁNGEL, 'La Unión Europea con el Tratado de Lisboa: cambios en tiempos de crisis', *Fundación Carolina, Nombres propios*. <http://www.fundacioncarolina.es> (3 de febrero de 2010)

SOTO NAVARRO, SUSANA, 'Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Vol. (2005)

SOTO NIETO, FRANCISCO, 'Infracciones administrativa y penal relativas a un mismo hecho', *La ley*, nº 1 (2004)

STRATENWERTH, GÜNTER, 'La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007)

SUÁREZ-MIRÁ RODRÍGUEZ, CARLOS, et al., *Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial*, 3ª ed., (Thomson Civitas. Aranzadi, Navarra, 2005)

SUÁREZ LÓPEZ, JOSE MARÍA, 'La incidencia del principio "non bis in idem" ante ilícitos en materia de tráfico y seguridad vial', en LORENZO MORILLAS CUEVAS & LUIS APARICIO DÍAZ (eds) *Delincuencia en materia de tráfico y seguridad vial: Aspectos penales, civiles y procesales* (Dykinson, Madrid, 2007)

SUAY HERNÁNDEZ, CELIA, 'Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo

sancionador', en CELSA PICÓ LORENZO (ed) *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador* (CGPJ, Madrid, 1997)

SURACHMAN, RM, 'Indonesia, "ne bis in idem" or "double jeopardy" in indonesia', *Revue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002).

TABLERO BARCELONA, HÉCTOR, 'Medio Ambiente '. Visitado el 27/01/2014 en <http://www.monografias.com/trabajos15/medio-ambiente-venezuela/medio-ambiente-venezuela.shtml>.

TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 'La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal', *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, nº 63 (1981).

TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 'Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código penal español. Luces y sombras', *Estudios penales y criminológicos*, nº 19 (1996).

TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Derecho penal del medio ambiente*, (Trotta, Madrid, 1997)

TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 'Peligro abstracto y garantías penales', en GONZALO QUINTERO OLIVARES & FERMÍN MORALES PRATS (eds) *El nuevo Derecho Penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz* (Aranzadi, Navarra, 2001)

TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 'Sistema penal y criminalidad internacional', en *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos "in memoriam"* (Ediciones Universidad Castilla La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001)

TERRADILLOS BASOCO, JUAN, 'La Constitución para Europa: un reto político-criminal', *revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 9, nº 20 (2005).

TIEDEMANN, KLAUS, 'El Derecho penal económico en la Comunidad Europea', en LUIS ARROYO ZAPATERO & KLAUS TIEDEMANN (eds) *Estudios de Derecho penal económico* (Servicio publicaciones Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994)

TORÍO LÓPEZ, ÁNGEL, 'Los delitos de peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)', *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. XXXIV (1981).

TORRES FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup> ELENA, 'El principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional. Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre', *La Ley*, nº 4 (2000).

TRIFFTERER, OTTO, 'Penal protection of the natural environment in the Federal Republic of Germany', *Révue Internationale de droit pénal*, 4º trim. (1978).

UGARTE, JESÚS, "Rentable, invertir en el medio ambiente", en *CNN EXPANSIÓN.COM*, 5/12/2010

UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, JUAN IGNACIO, 'La eficacia "federalizante" de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Análisis de sus manifestaciones en el Derecho penal', en JAVIER GARCÍA ROCA & ENOCH ALBERTÍ (eds) *Treinta años de Constitución. Congreso extraordinario de la Asociación de Constitucionalistas de España* (Tirant lo blanch, Valencia, 2010)

UNITED NATIONS, 'Climate Change Conference. Partners for COP 19', (17/09/2013).

URRAZA ABAD, JESÚS, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial* (La Ley, 2001)

VALLE, JAVIER M., 'La política educativa de la Unión Europea: Fundamentos, evolución histórica y propuesta de un modelo para su análisis crítico', *Revista española de Educación Comparada*, nº 10 (2004).

VAN BOCKEL, BAS, *The ne bis in idem principle in EU law*, (Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2010)

VAN DER BEKEN, T., ' Belgium, concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle "ne bis in idem"', *Révue internationat de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002).

VASALLI, GIULIANO, 'Luces y sombras en el espacio judicial europeo', en *Homenaje a Ricardo Franco, 50 años de vida académica* (Instituto Nacional de Ciencias Penales, México D.F., 2008)

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, FERNANDO, *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría general* (Instituto Nacional de Administración Pública y Universidade de Santiago de compostela, Santiago de Compostela y Madrid, 2003)

VELÁSQUEZ V., FERNANDO, 'Globalización y Derecho penal', en MARIO G. LOSANO & FRANCISCO MUÑOZ CONDE (eds) *El Derecho ante la globalización y el terrorismo. "Cedant arma togae"* (Tirant lo blanch, Valencia, 2004)

VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'Delitos contra el medio ambiente: consideraciones sobre la dependencia y el principio non bis in idem en la relación derecho penal-derecho administrativo', en MANUEL RAMÓN LLAMAS MADURGA & PEDRO BRUFAO CURIEL (eds) *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económico* (Mundi-prensa libros S.A., Madrid, 2003)

VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'La incipiente regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Derecho comunitario europeo', en ANTONIO VERCHER NOGUERA (ed) *El Derecho europeo medioambiental: Estado actual de la trasposición del Derecho comunitario al ordenamiento jurídico* (Estudios de Derecho judicial, nº 67, Madrid, 2004)

VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'Avanzando hacia un derecho penal ambiental comunitario', en ANTONIO VERCHER NOGUERA (ed) *Derecho europeo ambiental: La protección del medio ambiente en la Unión Europea. Aspectos críticos* (Consejo General del Poder Judicial. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007)

VERCHER NOGUERA, ANTONIO, 'La incorporación del principio "el que no corre vuela" en Derecho constitucional.', *Derecho y Medio Ambiente. Revista para el desarrollo sostenible*, vol. 1, nº 2 (abril - junio 2000).

VERCHER NOGUERA, ANTONIO, et al., *Responsabilidad ambiental penal, civil y administrativa*, (Ecoiuris, Madrid, 2003)

VERVAELE, JOHN, 'El principio non bis in idem en Europa', en LUIS ARROYO ZAPATERO & ADÁN NIETO MARTÍN (eds) *La orden de detención y entrega europea* (Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Cuenca, 2006)

VERVAELE, JOHN A.E., 'La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea', *Revista penal*, 15 (2005)

VICARIO, LORENZO & SOSA IUDICISSA, MARCELO, 'La aplicación del Derecho de la UE en materia de medio ambiente', *Fichas técnicas del Parlamento Europeo* (junio 2013)

VILLEGAS PAIVA, ELKY ALEXANDER, 'Los bienes jurídicos colectivos en el Derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales', <http://es.scribd.com/doc/59408259/Bienes-Juridicos-Colectivos-en-El-Derecho-Penal> (2010)

VIÑAS FARRÉ, RAMÓN, 'Introducción', en NATACHA GONZÁLEZ VIADA (ed) *Derecho penal y globalización. Cooperación penal internacional* (Marcial Pons, Madrid, 2009)

VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR, 'Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo', *Estudios penales y criminológicos*, nº 25 (2005).

VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR, et al., *Derecho penal. Parte especial* (Tirant lo blanch, Valencia, 2008)

VOGEL, JOAQUIM, 'Derecho penal y globalización', *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, nº 9 (2005).

VON HIRSCH, ANDREW, 'El concepto de bien jurídico y el "principio del daño"', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007)

VON LISTZ, FRANZ, *Tratado de Derecho penal. Tomo II*, (Traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho penal español por Quintilano Saldaña), 4ª ed., (Reus, Madrid, 1999)

VORMBAUM, MORITZ, 'El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo', *Revista penal*, nº 19 (2007).

WEILER, J.H.H., 'Nous ne coalison pas des états - nous unissons des hommes: objetivos, valores y principios políticos de la Unión Europea', en JOSE Mª BENEYTO PEREZ, et al. (eds) *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea* (Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009)

WELZEL, HANS, *El nuevo sistema de Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 2ª reimpr., (Bdef, Buenos Aires - Montevideo, 2004)

WELZEL, HANS, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 2ª reimpr., (Bdef, Buenos Aires - Montevideo, 2005)

WEYEMBERGH, ANNE, 'Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne: les difficultés et leurs conséquences', en G DE KERCHOVE & A. WEYEMBERGH (eds) *L'espace pénale européen: enjeux et perspectives* (Révue internationale de droit comparé, vol. 55, nº 2, abril-junio 2003)

WOHLERS, WOLFGANG, 'Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico', en ROLAND HEFENDEHL (ed) *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Marcial Pons, Madrid, 2007)

YARSUVAT, DUYGUN, 'Duygun Yarsuvat', *Revue internationale de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (Turquie).

ZAMORANO-GUZMÁN, CRISTIAN, 'Principio de primacía, efecto directo y traumatismo fundador', *Revista de Derecho (Valparaíso) de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile*, nº XXXI (2º semestre, 2008).

ZERGUINE, RANDAME, 'Algérie, les compétences criminelles concurrentes nationales et internationales et le principe ne bis in idem ', *Révue internationat de droit pénal*, 3 (Vol. 73) (2002).

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, 'Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador', en LUIS ARROYO ZAPATERO (ed) *Homenaje al Dr. Marino Santos In memoriam* (Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001)





# **REFERENCIAS NORMATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y OTROS DOCUMENTOS**

## **1. REFERENCIAS NORMATIVAS**

### **NORMATIVA EUROPEA**

#### **TRATADOS**

- Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE), (en francés). (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:11957E/TXT:FR:PDF>)
- Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (TCECA). (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:11951K:ES:PDF>)
- Acta Única Europea. DOCE L 169, de 29 de junio de 1987. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1987:169:FULL:ES:PDF>)
- Tratado de la Unión Europea (TUE) - Tratado de Maastricht. DOE C 191, de 29 de julio de 1992. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1992:191:FULL:ES:PDF>)
- Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). DOCE C 224, de 31 de agosto de 1992. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1992:224:FULL:ES:PDF>)
- Tratado de Ámsterdam. DOCE C 340, de 10 de noviembre de 1997. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>)

- Tratado de Niza. DOCE C 80, de 10 de marzo de 2001. (PEU: [http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12001C/pdf/12001C\\_ES.pdf](http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/12001C/pdf/12001C_ES.pdf))
- Tratado de Lisboa. DOUE C 306, de 17 de diciembre de 2007. (PEU: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:ES:HTML>)
- Versiones consolidadas (tras el Tratado de Lisboa) de los Tratados de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2010). DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010. (PEU: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2010:083:SOM:ES:HTML>)
- Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (12/11/2012). (PEU: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st06/st06655-re07.es08.pdf>)
- Declaraciones anejas al acta final de la conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007. DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010. (PEU: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0335:0360:ES:PDF>)

## **OTRA NORMATIVA EUROPEA**

- Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. (PEU: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:327:0001:0072:ES:PDF>)
- Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. DOCE L 327, de 22 de diciembre de 2000.

- Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención y entrega y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (2002/584/JAI). DOCE L 190, de 18 de julio de 2002.
- Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procesos de entrega entre Estados miembros. (PEU: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:ES:P DF>)
- Decisión 1600/2002, de 22 de julio de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Sexto Programa de Acción Comunitario en Materia de Medio Ambiente. DOCE L 242, de 10 de septiembre de 2002. (PEU: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:242:0001:0015:ES:P DF>)
- Decisión Marco 2003/80/JAI del Consejo de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal. DOCE L 29, de 5 de febrero de 2003. (PEU: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:029:0055:0058:ES:P DF>)
- Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales. (PEU: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:143:0056:0075:es:P DF>)
- Decisión del Consejo, de 12 de febrero de 2007, por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico “Prevención y lucha contra la delincuencia”, integrado en el programa general Seguridad y defensa de las libertades (2007/125/JAI). DOCE L 58, de 24 de febrero de 2007. (PEU: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:058:0007:0012:ES:P DF>)

- Decisión del Consejo, de 12 de febrero de 2007, por la que se establece para el período 2007-2013 el programa específico “Justicia penal”, integrado en el programa general “Derechos Fundamentales y Justicia” (2007/126/JAI). DOCE L 58, de 24 de febrero de 2007. (PEU:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:058:0013:0018:ES:P>  
[DF](#))

- Directiva 2008/99/CE del Parlamento y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal. DOUE L 328 de 6 de diciembre de 2008. (PEU:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:328:0028:0037:ES:P>  
[DF](#))

- Decisión 1386/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta» (Séptimo Programa de Acción en materia de medio ambiente). (PEU:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:354:0171:0200:ES:P>  
[DF](#))

## **NORMATIVA ESPAÑOLA**

- Real Decreto Ley 6/1977, de 25 de enero, por el que se modifica la Ley 45/59, de 30 de julio de Orden Público. BOE nº 34, de 9 de febrero de 1977.
- Anteproyecto de Constitución. Boletín Oficial de las Cortes nº 44, de 5 enero de 1978.
- Instrumento de Adhesión de España al Estatuto del Consejo de Europa. BOE nº 51, de 1 de marzo de 1978.
- Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal. BOE nº 152, de 27 de junio de 1983.

- Proyecto de Ley (Código penal). Boletín Oficial del Congreso de los Diputados nº 77, de 26 de septiembre de 1994.
- Ley Orgánica 10/1995, por la que se aprueba el Código penal. BOE nº 281, de 24 de noviembre de 1995.
- Ratificación del Convenio de Aarhus. BOE nº 40, de 16 de febrero de 2005.
- Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE nº 152, de 23 de junio de 2010.

## **2. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES**

### **JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

- STJCE de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, caso Van Gend & Loos. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962J0026:ES:PDF>)
- STJCE de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, Costa contra ENEL. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61964J0006:ES:PDF>)
- STJCE de 13 de febrero de 1969, asunto 14/68, caso Wilhelm. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61968CJ0014:ES:PDF>)
- STJCE de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70, caso Internationale Handelsgesellschaft. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970CJ0011:ES:PDF>)

- STJCE de 17 de diciembre de 1970, asunto 11/70, Internationale Handelsgesellschaft. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970CJ0011:ES:PDF>)
  
- STJCE de 31 de marzo de 1971, asunto 22/70, AETR. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970CJ0022:ES:PDF>)
  
- STJCE de 13 de julio de 1972, asunto 48/71, Comisión contra Italia. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61971CJ0048:ES:PDF>)
  
- STJCE de 16 de diciembre de 1976, asunto 33/76, Rewe. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976CJ0033:ES:PDF>)
  
- STJCE de 9 de marzo de 1978, asunto 106/77, Caso Simmenthal. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977J0106:ES:PDF>)
  
- STJCE de 21 de septiembre de 1989, asunto C-68/88, Comisión contra Grecia. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61988J0068:ES:PDF>)
  
- STJCE de 9 de julio de 1992, asunto C-2/90, Comisión contra Bélgica. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61990J0002:ES:PDF>)  
 También, RA: TJCE 1992/140
  
- STJCE de 13 de marzo de 1997, asunto C-197/96, Comisión contra Francia. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996CJ0197:ES:PDF>)
  
- STJCE de 14 de julio de 1998, asunto C-284/95, Safety Hi-Tech contra S.&T.Srl. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995J0284:ES:PDF>)
  
- STJCE de 14 de julio de 1998, asunto C-341/95, Gianni Bettati contra Safety Hi-Tech. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995J0341:ES:PDF>)

- STJCE de 8 de julio de 1999, caso Comisión contra Francia (RA: TJCE 1999/167).
- STJCE de 23 de mayo de 2000, caso Entreprenorforeningens Affalds / Miljosektion (FFAD). (RA: TJCE 2000/105).
- STJCE de 22 de junio de 2000, caso Eyüp (RA: TJCE 2000/141).
- STJCE de 8 de marzo de 2001, caso Metallgesellschaft y otros (RA: TJCE 2001/78).
- STJCE de 19 de noviembre de 2002, caso Kurz (RA: TJCE 2002/339).
- STJCE de 11 de febrero de 2003, caso Gozütok y Brügge. (PEU: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62001CJ0187:ES:PDF>)
- STJCE de 19 de junio de 2003, asunto 444/00, caso The Queen, a instancia de Mayer Parry Recycling Ltd y Environment Agency, Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions. (PEU: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000CJ0444:ES:PDF>)
- STJUE de 10 de marzo de 2005, contra Filomeno Mari Miraglia (RA: TJCE 2005/68).
- STJCE de 13 de septiembre de 2005, asunto C-173/03, Comisión contra Consejo. (PEU: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62003J0176:ES:PDF>)
- STJUE de 9 de marzo de 2006, contra Leopold Henri Van Esbroeck (RA: TJCE 2006/70).
- STJCE de 28 de septiembre de 2006, Jean Leon Van Straaten contra Italia y otros (RA: TJCE 2006/279).
- STJCE de 28 de septiembre de 2006, contra Francesco Gasparini y otros (RA: TJCE 2006/277).



- STJCE de 8 de noviembre de 2007, caso Gemeindebetriebe Frohnleiten, Stadtgemeinde Frohnleiten (RA: TJCE 2007/308).
- STJCE de 24 de junio de 2008, caso Commune de Mesquer / Total France (RA: TJCE 2008/140).
- STJCE de 1 de diciembre de 2008, contra Artur Leymann y otros (RA: TJCE 2008/358).
- STJCE de 22 de diciembre de 2008, contra Vladimir Turansky (RA: TJCE 2008/348).
- STJCE de 16 de julio de 2009, caso Futura Inmobiliaria (RA: TJCE 2009/232).
- STJUE de 12 de enero de 2010, caso Petersen (RA: TJCE 2010/1).
- STJUE de 4 de febrero de 2010, caso Genc (RA: TJCE 2010/28).
- STJCE de 9 de marzo de 2010, caso ERG (RA: TJCE 2010/69).
- STJUE de 8 de junio de 2010, caso Vodafone y otros (RA: TJCE 2010/168).
- STJUE de 8 de septiembre de 2010 caso winner Wetten (RA: TJCE 2010/255).
- STJUE de 16 de noviembre de 2010, contra Gaetano Mantello (RA: TJCE 2010/342).
- STJUE de 25 de noviembre de 2010, caso Günter FuB (RA: TJCE 2010/359).
- STJUE de 10 de mayo de 2011, caso Jürgen Römer (RA: TJCE 2011/125).
- STJUE de 16 de junio de 2011, caso Fatma Pehlivan (RA: TJCE 2011/184).
- STJUE de 21 de diciembre de 2011, caso NS (RA: TJCE 2011/422).

- STJUE de 21 de diciembre de 2011, caso Danske svineproducenter (RA: TJCE 211/426).
- STJUE de 14 de febrero de 2012, contra Toshiba Corporation y otros (RA: TJCE 2012/23).
- STJUE de 29 de marzo de 2012, caso Kahveci (RA: TJCE 2012/80).
- STJUE de 14 de junio de 2012, caso Bilas (RA: TJCE 2012/141).
- STJUE de 28 de junio de 2012, caso West (RA: JUR 2012/326615).
- STJUE de 4 de octubre de 2012, caso Byankov (RA: JUR 2012/322465).
- STJUE de 26 de febrero de 2013, caso Melloni (RA: TJCE 2013/54).
- STJUE de 26 de febrero de 2013, caso Akeberg Fransson (RA: TJCE 2013/56).
- STJCE de 11 de abril de 2013, caso Sweetman y otros (RA: TJCE 2013/249).
- ATJCE de 17 de octubre de 1984, asunto C.83 y 84/84, N.M. contra Comisión y Consejo. (PEU:  
<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61984CO0083:FR:PDF>)

## **JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- STC nº 2/1981, de 30 de enero (RA: RTC 1981/2).
- STC nº 6/1981, de 30 de marzo (RA: RTC 1981/6).
- STC nº 15/1981, de 7 de mayo (RA: RTC 1981/15).

- STC nº 18/1981, de 8 de junio (RA: RTC 1981/18).
- STC nº 37/1981, de 16 de noviembre (RA: RTC 1981/37).
- STC nº 50/1983, de 14 de junio (RA: RTC 1983/50).
- STC nº 77/1983, de 3 de octubre (RA: RTC 1983/77).
- STC nº 22/1984, de 17 de febrero (RA: RTC 1984/22).
- STC nº 25/1984, de 23 de febrero (RA: RTC 1984/25).
- STC nº 24/1984, de 23 de febrero (RA: RTC 1984/24).
- STC nº 62/1984, de 21 de mayo (RA: RTC 1984/62).
- STC nº 159/1985, de 27 de noviembre (RA: RTC 1985/159).
- STC nº 23/1986 de 14 de febrero (RA: RTC 1986/23).
- STC nº 66/1986, de 23 de mayo (RA: RTC 1986/66).
- STC nº 94/1986, de 8 de julio (RA: RTC 1986/94).
- STC nº 140/1986, de 11 de noviembre (RA: RTC 1986/140).
- STC nº 160/1986, de 10 de diciembre (RA: RTC 1986/60).
- STC nº 160/1986, de 16 de diciembre (RA: RTC 1986/160).
- STC nº 21/1987, de 19 de febrero (RA: RTC 1987/21).
- STC nº 98/1989, de 1 de junio (RA: RTC 1989/98).

- STC nº 107/1989, de 8 de junio (RA: RTC 1989/107).
- STC nº 76/1990, de 26 de abril (RA: RTC 1990/76).
- STC nº 127/1990, de 5 de julio (RA: RTC 1990/127).
- STC nº 154/1990, de 15 de octubre (RA: RTC 1990/154).
- STC nº 150/1991, de 4 de julio (RA: RTC 1991/150).
- STC nº 234/1991, de 10 de diciembre (RA: RTC 1991/234).
- STC nº 246/1991, de 19 de diciembre (RA: RTC 1991/246).
- STC nº 45/1994, de 17 de febrero (RA: RTC 1994/45).
- STC nº 62/1994, de 28 de febrero (RA: RTC 1994/62).
- STC nº 270/1994, de 17 de octubre (RA: RTC 1994/270).
- STC nº 102/1995, de 26 de junio (RA: RTC 1995/102).
- STC nº 176/1995, de 11 de diciembre (RA: RTC 1995/176).
- STC nº 199/1996, de 3 de diciembre (RA: RTC 1996/199).
- STC nº 204/1996, de 16 de diciembre (RA: RTC 1996/204).
- STC nº 62/1997, de 7 de abril (RA: RTC 1997/62).
- STC nº 120/1998, de 15 de junio (RA: RTC 1998/120).
- STC nº 177/1999, de 11 de octubre (RA: RTC 1999/177).

- STC nº 116/1999, de 17 de junio (RA: RTC 1999/116).
- STC nº 87/2001, de 2 de abril (RA: RTC 2001/87).
- STC nº 152/2001, de 2 de julio (RA: RTC 2001/152).
- STC nº 129/2002, de 3 de junio (RA: RTC 2002/129).
- STC nº 2/2003, de 16 de enero (RA: RTC 2003/2).
- STC nº 229/2003, de 18 de diciembre (RA: RTC 2003/229).
- STC nº 24/2004, de 24 de febrero (RA: RTC 2004/24).
- STC nº 180/2004, de 2 de noviembre (RA: RTC 2004/180).
- STC nº 34/2005, de 15 de febrero (RA: RTC 2005/34).
- STC nº 188/2005, de 4 de julio (RA: RTC 2005/188).
- STC nº 334/2005, de 20 de diciembre (RA: RTC 2005/334).
- STC nº 234/2005, de 20 de diciembre (RA: RTC 2005/334).
- STC nº 229/2006, de 17 de julio (RA: RTC 2006/229).
- STC nº 283/2006, de 9 de octubre (RA: RTC 2006/283).
- STC nº 48/2007, de 12 de marzo (RA: RTC 2007/48).
- STC nº 236/2007, de 7 de noviembre (RA: RTC 2007/236).
- STC nº 247/2007, de 12 de diciembre (RA: RTC 2007/247).

- STC nº 91/2008, de 21 de julio (RA: RTC 2008/91).
- STC nº 181/2008, de 22 de diciembre (RA: RTC 2008/181).
- STC nº 91/2009, de 20 de abril (RA: RTC 2009/91).
- STC nº 57/2010, de 4 de octubre (RA: RTC 2010/57).
- STC nº 29/2010, de 18 de octubre (RA: RTC 2010/29).
- STC nº 77/2010, de 19 de octubre (RA: RTC 2010/77).
- STC nº 126/2011, de 18 de julio (RA: RTC 2011/126).
- STC nº 70/2012, de 16 de abril (RA: RTC 2010/70).
- STC nº 101/2012, de 8 de mayo (RA: RTC 2012/101).

## **JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

- STS de 29 de septiembre de 1980 (RA: RJ 1980/3464).
- STS de 10 de noviembre de 1980 (RA: RJ 1980/4408).
- STS de 23 de marzo de 1982 (RA: RJ 1982/2325).
- STS de 4 de enero de 1990 (RA: RJ 1990/3059).
- STS de 17 de abril de 1990 (RA: RJ 1990/3321).
- STS de 30 de noviembre de 1990 (RA: RJ 1990/9269).

- STS de 18 de diciembre de 1991 (RA: RJ 1991/9335).
- STS de 24 de febrero de 1992 (RA: RJ 1992/1373).
- STS nº 538/1992, de 11 de marzo (RA: RJ 1992/4319).
- STS nº 978/93, de 29 de abril (RA: RJ 1993/3295).
- STS nº 1313/94, de 24 de junio (RA: RJ 1994/5371).
- STS de 26 de septiembre de 1994 (RA: RJ 1994/7194).
- STS nº 1638/1994, de 26 de septiembre (RA: RJ 1994/7194).
- STS de 1 de febrero de 1997 (RA: RJ 1997/687).
- STS nº 105/1999, de 27 de enero (RA: RJ 1999/826).
- STS de 19 de abril de 1999 (RA: RJ 1999/3507).
- STS de 23 de febrero de 2000 (RA: RJ 2000/7047).
- STS nº 1973/2000, de 15 de diciembre (RA: RJ 2000/10337).
- STS nº 194/2001, de 14 de febrero (RA: RJ 2001/1240).
- STS nº 971/2001, de 16 de mayo (RA: RJ 2001/5511).
- STS nº 1705/2001, de 29 de septiembre (RA: RJ 2001/8515).
- STS nº 1732/2001, de 3 de octubre (RA: RJ 2001/8524).
- STS nº 7/2002, de 19 de enero (RA: RJ 2002/1315).

- STS n° 96/2002, de 30 de enero (RA: RJ 2002/3065).
- STS de 25 de octubre de 2002 (RA: RJ 2002/10461).
- STS n° 1828/2002, de 25 de octubre (RA: RJ 2002/10461).
- STS n° 1828/2002, de 25 de octubre (RA: RJ 2002/10461).
- STS de 27 de enero de 2003 (RA: RJ 2003/2004).
- STS n° 388/2003, de 1 de abril (RA: RJ 2003/4062).
- STS n° 717/2004, de 3 de junio (RA: RJ 2005/2285).
- STS n° 849/2004, de 30 de junio (RA: RJ 2004/5085).
- STS n° 1242/2004, de 8 de noviembre (RA: RJ 2004/7711).
- STS n° 444/2005, de 11 de abril (RA: RJ 2005/388).
- STS n° 716/2005, de 3 de junio (RA: RJ 2005/3346).
- STS n° 486/2007, de 30 de mayo (RA: RJ 2007/3725).
- STS n° 81/2008, de 13 de febrero (RA: RJ 2008/2973).
- STS n° 141/2008, de 8 de abril (RA: RJ 2008/1852).
- STS n° 916/2008, de 30 de diciembre (RA: RJ 2008/1380).
- STS n° 289/2010, de 19 de abril (RA: RJ 2010/5043).
- STS n° 152/2012, de 2 de marzo (RA: RJ 2012/152).



## **JURISPRUDENCIA DE OTROS TRIBUNALES**

- SAP Córdoba de 18 de enero de 1995 (RA: ARP 1995/98).
- STSJ Castilla-La Mancha nº 934/1999 (RA: RJCA 1999/4079).

### **3. OTRA DOCUMENTACIÓN**

#### **TRABAJOS PREPARATORIOS UNIÓN EUROPEA**

- COM (96) 500 final. Comunicación de la Comisión, de 22 de octubre de 1996, sobre la aplicación del Derecho Comunitario de Medio ambiente. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1996:0500:FIN:ES:PDF>)
- COM (1998) 333 final. Comunicación al Consejo Europeo de 27 de mayo de 1998, Colaboración para la integración - Una estrategia para la integración del medio ambiente en las políticas de la UE. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1998:0333:FIN:ES:PDF>)
- COM (2000) 1 final. Comunicación de la Comisión, de 2 de febrero de 2000, sobre el recurso al principio de precaución. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0001:FIN:ES:PDF>)
- COM (2000) 1 final. Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 2 de febrero de 2000, sobre el recurso al principio de precaución. (PEU:  
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0001:FIN:ES:PDF>)
- COM (2001) 0031 final. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 24 de enero de 2001, sobre el Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de

Medio Ambiente "Medio Ambiente 2010: El futuro en nuestras manos". (PEU: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0031:FIN:ES:PDF>)

- COM (2002) 725 final. Comunicación de la Comisión, de 11 de diciembre de 2002, sobre la mejora del control de la aplicación del Derecho comunitario. (PEU: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0725:FIN:ES:PDF>)

- COM (2004) 394 final. Documento de trabajo de la Comisión, de 1 de junio de 2004, Integración de las consideraciones medioambientales en otras políticas: Balance del Proceso Cardiff. DOUE C 49 de 28/2/06. (PEU : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0394:FIN:ES:PDF>)

- COM (2005) 184 final. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia. (PEU: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0184:FIN:ES:PDF>)

- COM (2005) 63 final. Informe de la Comisión basado en el art. 34 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procesos de entrega entre Estados miembros. (PEU: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0063:FIN:ES:PDF>)

- COM (2005) 583 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 23 de noviembre de 2005, sobre las consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 13.9.05 dictada en el asunto C-176/03 (Comisión contra Consejo). (PEU: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0583:FIN:ES:PDF>)

- COM (2007) 2 final. Comunicación de la Comisión Europea de 10 de enero de 2007, Limitar el calentamiento mundial a 2 °C - Medidas necesarias hasta 2020 y después. (PEU: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0002:FIN:ES:PDF>)

- COM (2009) 630 final. Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 12 de noviembre de 2009, Progresos realizados hacia la consecución de los objetivos de Kioto (con arreglo al artículo 5 de la Decisión nº 280/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un mecanismo para el seguimiento de las emisiones de gases de efecto invernadero en la Comunidad y para la aplicación del Protocolo de Kioto). (PEU:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0630:FIN:ES:PDF>)

- SEC (2010) 1371 final. Comunicación de la Comisión de 11 de noviembre de 2010, sobre la aplicación del art. 260.3 TFUE. (PEU:

[http://ec.europa.eu/eu\\_law/docs/docs\\_infringements/sec\\_2010\\_1371\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/eu_law/docs/docs_infringements/sec_2010_1371_es.pdf))

- COM (2011) 713 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 18 de enero de 2012. La delincuencia de la UE en cifras. Plan de acción para las estadísticas 2011-2015. (PEU:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0713:FIN:ES:PDF>)

- COM (2003) 42 final. Directive of the European Parliament and the Council on the protection of the euro and the other currencies against counterfeiting by criminal law, and replacing Council Framework Decision 2000/383/JHA (Propuesta de directiva contra la falsificación de moneda). (PEU:

[http://ec.europa.eu/anti\\_fraud/documents/euro-rotection/directive\\_counterfeiting\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/euro-rotection/directive_counterfeiting_en.pdf))

- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Séptimo Programa de acción en materia de medio ambiente y medidas de seguimiento del Sexto Programa de acción en materia de medio ambiente” (dictamen exploratorio). DOUE C 191, de 26 de junio de 2012. (PEU:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2012:191:0001:0005:ES:PDF>)

## VARIOS

- Cuestión escrita nº 196/68 de M. Vredeling a la Comisión de las Comunidades europeas del 1 de octubre de 1968. DOCE C 6, de 22 de enero de 1969. (PEU:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1969:006:0001:0009:FR:PDF>)

- Dictamen 1/91 del TJCE con arreglo al art. 228 TCE, de 14 de diciembre de 1991, apdo. 21. (PEU:

<http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61991CV0001:ES:PDF>)

- Conclusiones del Abogado General Léger presentadas el 16 de mayo de 2000 en el proceso Consejo Europeo contra Reino de España, as. C-36/98. (PEU:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998C0036:ES:PDF>)

- Conclusiones del Abogado General, Ruíz-Jarabo Colomer, presentadas el 6 de mayo de 2003 en el proceso Ligue pour la protection des oiseaux sauvages, as. C-182/02. (PEU:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002CC0182:ES:PDF>)

- Dictamen del TJUE de 8 de marzo de 2011, caso sistema unificado de resolución de litigios sobre patentes (RA: TJCE 2011/46).

- Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas referente al Anteproyecto de Constitución. Boletín Oficial de las Cortes nº 121, de 1 de julio de 1978.

- Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas, 5-6 de diciembre de 1977.

[http://www.european-council.europa.eu/media/849662/bruxelles\\_decembre\\_1977\\_fr.pdf](http://www.european-council.europa.eu/media/849662/bruxelles_decembre_1977_fr.pdf)

- Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Viena, 11-12 de diciembre de 1998.

[http://www.europarl.europa.eu/summits/wie1\\_es.htm#10](http://www.europarl.europa.eu/summits/wie1_es.htm#10)

- Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, 15-16 de octubre de 1999.

[http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm)

- Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo, Gotemburgo 2001.

[http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es1.pdf](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/00200-r1.es1.pdf)

- Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo, Bruselas 2009.

<http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/09/st07/st07880-re01.es09.pdf>

- Resolución del Consejo Europeo sobre el Principio de Cautela (Anexo III), Niza 2000.

[http://www.europarl.europa.eu/summits/nice2\\_es.htm#an3](http://www.europarl.europa.eu/summits/nice2_es.htm#an3)

- Protocolo de Kioto y Unión Europea.

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/environment/tackling\\_climate\\_change/128060\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/environment/tackling_climate_change/128060_es.htm)

- Historia de la Unión Europea.

[http://europa.eu/about-eu/eu-history/index\\_es.htm](http://europa.eu/about-eu/eu-history/index_es.htm)

- Historia de la Unión Europea, años 90.

[http://europa.eu/about-eu/eu-history/1990-1999/index\\_es.htm](http://europa.eu/about-eu/eu-history/1990-1999/index_es.htm)

- Historia de la Unión Europea, años 2000-2010.

[http://europa.eu/about-eu/eu-history/2000-2009/index\\_es.htm](http://europa.eu/about-eu/eu-history/2000-2009/index_es.htm)

- Síntesis de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/combating\\_discrimination/133501\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/133501_es.htm)

- Síntesis del Programa de La Haya.

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/human\\_rights/fundamental\\_rights\\_within\\_european\\_union/116002\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/116002_es.htm)

- Síntesis de la legislación acerca de la cooperación judicial en materia penal

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_criminal\\_matters/index\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/index_es.htm)

- Síntesis de la Orden de Detención Europea.

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_criminal\\_matters/133167\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_criminal_matters/133167_es.htm)

- Síntesis del Tratado de Lisboa.

[http://europa.eu/lisbon\\_treaty/glance/index\\_es.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_es.htm)

- Síntesis del Tratado de Lisboa. Espacio de justicia, libertad y seguridad.

[http://europa.eu/lisbon\\_treaty/glance/justice/index\\_es.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/justice/index_es.htm)

- Noticias de la Comisión Europea. Proyecto de la política penal de la Unión Europea.

[http://ec.europa.eu/news/justice/110921\\_es.htm](http://ec.europa.eu/news/justice/110921_es.htm)

- Noticias de la Comisión Europea. Politique de Droit pénal

[http://ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-law-policy/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-law-policy/index_fr.htm)

- La aplicación del *corpus juris* en los estados miembros disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea

[http://ec.europa.eu/anti\\_fraud/documents/fwk-green-paper-corpus/corpus\\_juris\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-corpus/corpus_juris_es.pdf)

- Ficha Técnica del Parlamento Europeo “La aplicación del Derecho de la Unión Europea en materia de medio ambiente”, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal y sobre la Directiva 2008/99/CE.

[http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_5.4.2.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_5.4.2.pdf)

- Comunicado de prensa de la Comisión Europea, de 31 de agosto de 2011: Evaluación final del Sexto Programa de acción ambiental.

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-11-996\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-996_es.htm)

- Comunicado de prensa de la Comisión Europea, de 29 de noviembre de 2012: Presentación del Séptimo Programa de acción ambiental.

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-12-1271\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1271_es.htm)

- Libro de la Comisión Europea “Comprender las políticas de la Unión Europea en medio ambiente. Un medio ambiente sano y sostenible para las generaciones futuras. La inacción no es una opción”.

[http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/es/environment\\_es.pdf](http://europa.eu/pol/pdf/flipbook/es/environment_es.pdf)

- Registro Europeo de Emisiones y Transferencias de Contaminantes (E-PRTR).

<http://prtr.ec.europa.eu/>.

- Programa LIFE+:

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/agriculture/environment/l28021\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/agriculture/environment/l28021_es.htm)

- Déficit democrático. Competencias del Parlamento Europeo tras el Tratado de Lisboa.

[http://europa.eu/institutions/inst/parliament/index\\_es.htm](http://europa.eu/institutions/inst/parliament/index_es.htm)

[http://europa.eu/lisbon\\_treaty/glance/democracy/index\\_es.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/democracy/index_es.htm)

- Procedimiento de infracción EU.

[http://ec.europa.eu/eu\\_law/infringements/infringements\\_es.htm](http://ec.europa.eu/eu_law/infringements/infringements_es.htm)

- Estadística de las infracciones medioambientales en la UE.

<http://ec.europa.eu/environment/legal/law/statistics.htm>

- Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano. Estocolmo, 1972.

<http://www.pnuma.org/deramb/StockholmDeclaration.php>

- Convenio de las Naciones Unidas sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo. Espoo (Finlandia), 1991.

<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/eia/documents/legaltexts/conventiontextspanish.pdf>

- Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático. Naciones Unidas, 1998.

<http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>